

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'incapacité de la femme mariée
en
Droit international Privé Français

THESE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 14 Mars 1933, à 14 heures

PAR

Edmond AUBRY

Avocat à la Cour

JURY	{	<i>Président</i> : M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE.	
		<i>Suffragants</i> {	MM. LÉVY-ULLMANN CASSIN



PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}

160, Rue Saint-Jacques

1933

THESE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'incapacité de la femme mariée
en
Droit international Privé Français

THESE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 14 Mars 1933, à 14 heures

PAR

Edmond AUBRY
Avocat à la Cour

JURY { *Président* : M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE.
 { *Suffragants* { MM. LÉVY-ULLMANN
 CASSIN



PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}

160, Rue Saint-Jacques

1933

A MES PARENTS



INTRODUCTION

Le mariage, entre autres effets, comporte toujours un changement plus ou moins profond dans la condition juridique de la femme.

Mais on peut dire que les règles qui établissent cette situation nouvelle varient presque à l'infini, suivant chaque législation. C'est là, sans aucun doute, une conséquence de leur caractère très particulier : en effet, alors qu'elles trouvent leur fondement dans des principes purement moraux, elles se traduisent presque uniquement, en pratique, dans le domaine des intérêts pécuniaires. Les multiples combinaisons auxquelles se prêtent ces deux éléments, eux-mêmes susceptibles des interprétations les plus variées, prennent ainsi, dans chaque pays, un aspect original et complexe, encore accentué par les apports de l'histoire.

On en trouve un exemple saisissant dans le droit matrimonial français.

L'ancien « mundium » germanique a été maintenu par les rédacteurs du Code Civil (1) dans la brève disposition de l'article 213 : « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari, à laquelle on peut ajouter celle de l'article 1388 : « Les époux ne peuvent déroger... aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme... »

De cette conception, aujourd'hui si attaquée, le Code fait découler certaines conséquences très nettes : « La femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider », dit l'article 214. Ainsi encore, l'article 4 du Code de Commerce décide que « la femme ne peut être marchande publique sans le con-

(1) Loaré, II, 405.

sementement de son mari ». On étend la nécessité de cette autorisation à l'exercice d'une profession quelconque (1).

Mais la plus importante et la plus grave de ces conséquences, est, ou plutôt paraît être, l'incapacité de la femme mariée, dont le principe est posé par l'article 215, pour les actes judiciaires, et par l'article 217 pour les actes extrajudiciaires : « La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens », « la femme, même non commune, ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit » (2). Cette autorisation doit être spéciale, aussi bien si elle émane du mari que de la justice. c'est ce qui résulte de l'article 223, suivant lequel « toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme ». En un mot, la femme est considérée comme une incapable, au même titre que les mineurs et les interdits (3).

Cependant, en dehors de toute considération d'opportunité, le système du Code Civil est assez peu logique, car à côté de l'étroite corrélation qu'il établit entre la puissance maritale, il a introduit certaines règles qui ne peuvent s'expliquer que par l'idée de protection, et dont il faut chercher l'origine dans une interprétation assez inexacte de la « *fragilitas sexus* » (4). Ainsi, l'acte irrégulier est frappé d'une nullité relative et l'exercice de l'action appartient aussi à la femme : une confirmation émanant du

(1) L'autorisation peut être, dans ce cas, donnée tacitement, mais elle peut toujours être révoquée.

(2) L'article 217 exclut la femme commerçante, qui une fois autorisée, peut s'obliger pour tout ce qui concerne son négoce : articles 5, alinéa 1^{er} du Code de Commerce, 220 du Code Civil.

(3) Article 1124 du Code Civil.

(4) L'expression ne visait, semble-t-il, que la faiblesse dont la femme fait preuve en général envers son mari.

mari ne saurait avoir pour effet de la priver de ce droit (1). Mais surtout, la femme peut toujours, au refus du mari, s'adresser à la justice (2), et elle doit le faire lorsqu'il est mineur, interdit ou absent (3).

Toutes ces règles s'accordent assez mal avec la conception qui voit dans l'incapacité de la femme mariée une conséquence de la puissance maritale, mais il n'est pas possible, d'autre part, de la rattacher seulement à l'idée de protection.

Concluons, sur ce point, qu'il est bien difficile de prendre parti, à moins d'une systématisation toujours arbitraire. Il suffit d'ailleurs, pour trancher toute controverse, de faire appel à une autre idée : quel que soit le fondement de l'incapacité, elle se présente tout d'abord comme un effet personnel du mariage.

Mais, si générale qu'elle puisse être, il est évident que cette incapacité n'est pas absolue : la femme peut tester sans l'autorisation de son mari (4), et comme tous les incapables elle est obligée valablement par ses délits et ses quasi-délits, suivant le principe des articles 1382 et 1383. Il en est de même pour les obligations dites quasi-contractuelles, et qui sont en réalité des obligations légales, comme la gestion d'affaires ou plus largement, l'enrichissement injuste (5). Ces principes s'appliquent aussi bien aux engagements contractuels eux-mêmes, mais la femme ne sera obligée que si elle a contracté en employant des manœuvres frauduleuses : la simple déclaration qu'elle est non mariée ne suffirait pas à valider l'engagement (6). Par là, l'incapacité

(1) Article 225.

(2) Articles 218-219.

(3) Articles 221-222-224.

(4) Article 226.

(5) Article 1312.

(6) Aubry et Rau, 5^e édit., § 472, t. VII, p. 267-268 ; Planiol et Ripert, t. II, par Rouast, n° 422, p. 341-342 ; Colin et Capitant, 7^e édit., t. I, p. 649.

de la femme rejoint le droit commun des incapacités, dont son origine la sépare.

Nous restons ainsi jusqu'à présent sur le terrain de la capacité, quel que soit le fondement et les limites qu'on lui assigne. Mais, ce tableau très rapide resterait incomplet, si l'on ne tenait compte d'un élément très important, qui tient à l'organisation des rapports pécuniaires entre les époux. En effet, dans notre droit, l'incapacité de la femme mariée est en liaison très étroite avec le régime matrimonial, plus particulièrement le régime légal, au point qu'on a pu soutenir l'existence du régime de communauté favorisé la formation dans les anciens pays de coutume, d'une institution restée en somme étrangère aux pays de droit écrit, soumis au droit romain (1). Ce n'est là, d'ailleurs, qu'un aspect de la question, car, si, sous les régimes de communauté, la femme n'a aucun pouvoir, il n'en est pas de même sous les régimes séparatistes : en effet, la femme séparée de biens administre librement sa fortune (2), et la femme dotale ses biens paraphernaux (3) ; inversement, d'ailleurs, celle-ci ne peut aliéner, en principe, ses biens dotaux (4).

D'autre part, les effets des obligations contractées par la femme varient suivant les conditions dans lesquelles elles ont été autorisées et suivant le régime auquel sont soumis les biens des époux (5).

Si l'on ajoute à ces éléments les garanties dont la femme jouit, tant à raison de l'incapacité que du régime matrimonial, et en particulier, deux d'entre elles, la faculté de demander la séparation de biens en justice (6) et l'hypothèque égale, générale et occulte, que lui accorde l'article

(1) Chéron, Etude sur l'adage « *Uxor non est proprie socia, sed speratur fore* », thèse, Paris, 1901, p. 44 s.

(2) Articles 1449, 1536.

(3) Article 1576.

(4) Articles 1555 s.

(5) Articles 1419, 1426, 1427.

(6) Article 1443.

2121, et qui donne lieu à toute une série d'opérations (1), on voit combien est étroite la liaison entre le régime matrimonial et l'incapacité elle-même, dans le système du Code Civil.

Cette liaison se retrouve dans les modifications qu'a subies par la suite le système, sous l'influence d'idées favorables à l'émancipation de la femme. Les principales sont celles qui résultent de la loi du 6 février 1893, rendant à la femme séparée de corps sa pleine capacité civile (2), et la loi du 13 juillet 1907 (articles 1 à 6), qui accorde aux femmes exerçant une profession séparée le droit de disposer librement de leurs gains et salaires et des économies en provenant. Cette dernière réforme surtout, très importante en théorie, présente un caractère assez mal déterminé. En tout cas, elle modifie très profondément à la fois la condition de la femme et les règles du régime matrimonial : l'incapacité disparaît, quant aux biens réservés, et le mari ne conserve plus que le droit de faire prononcer par la justice le retrait des pouvoirs accordés ainsi à sa femme. De plus, les biens réservés sont, sous les régimes de communauté, soustraits à l'administration du mari, par exception à l'article 1428, qui confie au mari l'administration de tous les biens personnels de la femme (3).

Un dernier élément, tout à fait particulier, complète le système : dans la pratique, c'est la femme qui dirige le ménage, au sens étroit du mot. C'est elle qui traite avec les fournisseurs, les domestiques. Pour lever la contradiction qui existe entre le principe de l'incapacité et ces nécessités pratiques, la jurisprudence et la doctrine ont élaboré, dès le XVI^e siècle, la théorie du mandat domestique : le mari étant censé avoir donné un mandat à la femme, c'est lui

(1) Articles 2140-2144; loi du 23 Mars 1855, art. 9; loi du 13 Février 1889.

(2) Article 311, alinéa 3; la séparation de corps emporte de plus séparation de biens : article 311, alinéa 2.

(3) Sous les régimes séparatistes, la femme conserve naturellement tous ses droits.

seul qui sera obligé. Quelle que soit la valeur de cette théorie, son caractère est fort incertain : on la rattache parfois au régime de communauté, parce que l'article 1420 dispose que « toute dette qui n'est contractée par la femme qu'en vertu de la procuration générale ou spéciale du mari est à la charge de la communauté... » (1). Mais, pour d'autres auteurs (2), l'institution domine largement les régimes matrimoniaux, et, en fait, on ne voit pas pourquoi il n'existerait pas sous les autres régimes, le rôle de la femme et les devoirs du mari restant en tous cas les mêmes puisque l'article 214 lui impose de fournir à sa femme « tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état ». On trouve en tout cas des décisions qui ont appliqué la théorie à la femme séparée de biens (3) et à la femme dotale (4).

Quoi qu'il en soit, le mandat tacite pose d'une façon très nette le problème des rapports de l'incapacité et du régime matrimonial, et, malgré son importance pratique considérable, c'est un des points que notre droit a le plus mal réglé.

Le système français se présente ainsi comme assez complexe et disparate. En nous plaçant ici uniquement au point de vue juridique, il faut bien constater qu'il est souvent peu satisfaisant. Mais la force de la tradition est si grande, que malgré tout, il se maintient tant bien que mal. Il est certain cependant qu'il ne répond plus aux idées, sinon aux nécessités contemporaines ; aussi, peut-on prévoir que dans un avenir plus ou moins proche, le vieux principe de l'incapacité disparaîtra et, avec lui, le régime de la communauté légale (5).

(1) Aubry et Pau, 5^e édit., § 509, t. VIII, p. 119 s.

(2) Planiol et Ripert, t. II par Rouast, n° 389 s. ; t. VIII, par Nast,

(3) Cass. Req. 7 Juillet 1896, D. P. 1898, 118.

n° 568. M. Nast, note au D. P. 1924, 2105, voit même dans le mandat tacite un pouvoir propre.

(4) Trib. civ. Seine, 3 Décembre 1895, D. P. 1896, 2132.

(5) Le Sénat a été saisi, le 23 Juin 1932, d'un projet qui supprime

* * *

A l'étranger, le régime de l'incapacité est encore celui des pays de législation française, ou qui ont subi l'influence du Code Civil, comme la Belgique, la Hollande, le Luxembourg, la Roumanie. Mais les législations récentes ont supprimé l'incapacité Il en est ainsi en Autriche, en Pologne, en Hongrie.

Il existait bien aussi autrefois dans un certain nombre de législations, diverses incapacités spéciales, dérivant toutes de la prohibité du Velléien et de l'Authentique « *si qua mulier* » et qui avaient pour but de protéger la femme contre les abus d'influence de son mari, en empêchant qu'elle pût s'engager dans l'intérêt de celui-ci, au moins sans l'autorisation d'un organisme spécial. Mais ces incapacités que le Code Civil n'a pas maintenues, n'existent plus solide, semble-t-il, que celui de l'incapacité générale.

D'autre part, deux législations ont subi des transformations radicales : celles de l'Angleterre et de l'Italie.

En Angleterre (1), la femme mariée, qui n'avait aucune personnalité juridique (2), s'est vu reconnaître la capacité la plus large par les réformes successives des

la puissance maritale et l'incapacité. Il maintient toutefois l'unité de direction du ménage, avec une certaine tendance à la collaboration des époux. D'autre part, l'intervention de la justice est accrue : le mari peut faire prononcer le retrait de la capacité reconnue à la femme, etc. Le ménage devient une société que les deux époux peuvent engager : les dettes contractées par l'un ou l'autre dans l'intérêt du ménage sont à la charge des deux conjoints. Le régime légal est remplacé par un régime de séparation de biens, avec participation aux acquêts. Néanmoins, la même liaison essentielle se retrouve entre la capacité et le régime matrimonial et la situation de la femme varie beaucoup suivant les divers régimes.

(1) V. Chéron, la femme mariée Anglaise en Angleterre et en France, Thèse, Paris, 1906.

(2) « The wife has no power to consent » disait un vieux brocard.

9 Août 1870, 18 Août 1882, 5 Décembre 1893, 1^{er} Août 1907. Elle a la même capacité que si elle était non mariée, « *feme sole* » selon l'expression de l'article 1^{er} de la loi de 1882. Le régime légal est un régime de séparation absolue. Mais, ce qui caractérise surtout le droit matrimonial anglo-saxon, c'est la fréquence des « trusts » (1). Cet acte si particulier, sans équivalent dans notre droit, se présente comme une convention matrimoniale qui vient restreindre la capacité de la femme, en ce sens qu'elle ne peut disposer des biens constitués en trust. Il y a là un exemple très remarquable de l'influence qu'exerce le régime matrimonial sur la condition de la femme, même lorsque elle est pleinement capable.

En Italie, le Code de 1865 pratiquait le système de l'incapacité, mais avec le correctif d'une autorisation générale (2). Le régime légal était le régime paraphernal, correspondant à notre séparation de biens. Enfin, sous le régime dotal, assez répandu, la dot était inaliénable (3). Les

(1) On peut définir le bien donné en trust un bien confié aux soins et à la bonne foi d'une personne, appelée « trustee » pour l'usage et au profit d'une autre, appelée « beneficiary » ou « cestuy que truste ». Le bien est généralement inaliénable, ou aliénable à charge de remploi; le trustee a ainsi la propriété légale, « legal ownership », le bénéficiaire a la propriété équitable « equitable ownership ». Depuis 1908 (Statute 6, Edouard VII, Chap. 55), il existe un « Public trustee », fonctionnaire qui possède la personnalité morale, astreint à des obligations rigoureuses, sous la garantie du Trésor Public. Ce fonctionnaire présente une grande supériorité sur les trustees privés, dont les malversations ou les gestions désordonnées offraient le danger d'annihiler tous les avantages du trust. Mais, d'un autre côté, il constitue entre ses mains un patrimoine de main-morte, l'obligation que comporte le trust n'étant pas, en principe, limitée dans le temps. (V. Pontrémoli, Le Public Trustee et le droit international privé, Rev. de D. I. P. 1913, p. 817, et sur le trust en général: Lewinn, a practical treatise on the law of trusts, 11^e édit.).

(2) Ancien article 134 du Code Civil Italien.

(3) Articles 1399 c. du Code Civil Italien.

dispositions concernant le régime matrimonial sont toujours en vigueur, mais une loi du 17 juillet 1919 a rendu à la femme sa pleine capacité, même pour exercer une profession : le mari perd tout droit de critique. C'est l'Italie qui accorde, actuellement, la situation la plus favorable à la femme mariée (1), d'autant plus qu'elle possède une hypothèque légale, qui doit d'ailleurs être inscrite (2).

Enfin, à côté de ces réformes importantes, mais partielles, on trouve en Europe deux grands systèmes très nouveaux, chacun d'eux unifiant une législation jusque là très disparate. Ces systèmes, très fortement conçus, ont abandonné le vieux principe de l'incapacité : c'est d'abord le Code Civil allemand, entré en vigueur au 1^{er} janvier 1900, et le Code Civil Suisse, entré en vigueur au 1^{er} Janvier 1912. Ces deux législations offrent avec la nôtre un contraste frappant, mais, en réalité, on y retrouve les mêmes éléments complexes.

Le droit matrimonial allemand (3) est caractérisé par la conciliation qu'il s'efforce d'établir entre l'indépendance de la femme, et la nécessité de maintenir l'unité de direction du ménage, dans la personne du mari. Ainsi, la femme possède un mandat légal pour administrer le ménage. C'est le pouvoir des clés ou « *schlüsselgewalt* », mais ce mandat légal est révocable, en cas d'abus de sa part (4).

Une autre conséquence de l'idée, c'est l'intervention fréquente de la justice, plus exactement du Tribunal des tutelles, dans les rapports entre époux (5). Enfin, si la capacité de la femme est complète (*geschäftsfähigkeit*), ses pouvoirs de disposition varient suivant le régime matrimonial (*dispositions befugnis*), et sont restreintes au profit du mari. Le régime légal est un régime de communauté d'ad-

(1) V. G. Diena, La Capacité de la femme d'après la nouvelle législation italienne et les conflits éventuels, Clunet 1920, p. 74 s.

(2) Article 1969, 4^o du Code Civil italien.

(3) V. Lyon-Caen, la femme mariée allemande, Thèse, Paris, 1903.

(4) Articles 1356, 1357 du Code Civil allemand.

(5) V. not. articles 1358, 1379 du Code Civil allemand.

ministration ; le mari a l'administration et la jouissance (1), mais la disposition est commune (2). La femme possède des biens réservés (3), soustraits à toute action du mari. Elle peut poursuivre la séparation de biens en justice (4), mais n'a pas d'hypothèque légale. Elle peut seulement demander certaines sûretés (5).

La Suisse (6) connaît un système analogue : le mari est le chef de l'union conjugale (7), mais c'est la femme qui dirige le ménage : l'article 163 du Code Civil lui confère à cet effet un pouvoir propre, que le mari peut faire révoquer par le juge intime (8). La femme possède naturellement une capacité complète, et elle a des biens réservés (9), mais ses pouvoirs varient avec le régime matrimonial. Le régime légal est le régime d'union des biens (10). Le mari a l'administration et la jouissance, mais non la disposition : il lui faut alors le consentement de sa femme. Il en est de même pour les régimes de communauté (11). La femme suisse ne possède pas d'hypothèque légale, mais elle peut, comme d'ailleurs son mari, demander la séparation de biens (12). Enfin, l'inaliénabilité dotale est prohibée (13).

* * *

On voit, par cet aperçu très rapide, combien sont nombreuses et variées les solutions que le législateur a,

(1) Articles 1363.

(2) Articles 1295, 1375, 1412.

(3) Articles 1366 s.

(4) Article 1418.

(5) Articles 1391 s.

(6) V. Rossel et Mentha, Manuel de Droit Civil suisse, t. I, p. 229 s.

(7) Article 160 du Code Civil Suisse.

(8) Articles 164, 165 du Code Civil suisse.

(9) Articles 191 s.

(10) Articles 194 s.

(11) Articles 217, 218.

(12) Articles 183 s.

(13) Article 247.

dans chaque pays, apporté au problème de la condition juridique des femmes mariées.

Mais, quelle que soient les divergences qu'on puisse constater entre les divers systèmes, il reste possible de dégager certains principes qui leur sont communs. C'est, en dehors d'une certaine prépondérance maritale, déjà fort atténuée, un lien étroit entre l'organisation des rapports personnels des époux et des règles qui concernent leurs rapports pécuniaires. C'est l'intervention des autorités judiciaires, spécialisées ou non, qui marque, dans certaine mesure, l'intérêt que prend l'Etat à l'organisation de la famille, au point de vue politique et social. De même encore, la femme jouit d'un certain nombre de garanties, d'ailleurs variables avec le degré d'indépendance qu'on lui accorde, et qui complètent sa situation personnelle. Enfin, on reconnaît partout à la femme le pouvoir d'engager son mari pour les besoins du ménage, pouvoir qui, sous ses différentes formes, domine largement la condition personnelle de la femme et les régimes matrimoniaux.

C'est déjà, semble-t-il, l'intérêt des tiers, et plus largement, l'intérêt du crédit, qui passent ainsi au premier plan, avant l'intérêt des époux. On retrouve la même idée, encore plus accentuée, avec les règles relatives à l'organisation de la propriété, et plus encore, à la responsabilité et aux obligations légales, qui concernent déjà l'intérêt social.

Ces deux données, contrariétés de législations, sur la base d'une communauté internationale, forment ainsi les éléments fondamentaux d'un problème qu'on veut étudier ici : celui de la condition de la femme mariée sur le plan du conflit des lois.

C'est, peut-être, un des nombreux aspects d'une question beaucoup plus générale, celle de la femme mariée devant le droit, mais c'est autre chose, à un double point de vue.

Dans l'esprit de ce travail, il ne peut s'agir ici que du Droit International Privé français : c'est ce qui explique le titre que j'ai choisi, car les règles de conflit « ne sont

pas autre chose que la projection des institutions de droit civil sur le plan international » (1).

Le problème se présente donc essentiellement sous un aspect juridique, et, si l'on veut, économique : c'est la satisfaction des intérêts privés, intérêt des époux, intérêts des tiers, objet principal du droit international, comme de toute autre branche de la science juridique, sur le terrain du droit privé.

Mais, à côté de ces éléments, intervient une considération toute différente : la famille est la base de l'Etat, et il ne fait qu'assurer sa propre existence quand il en réglemente l'organisation (2) ; c'est donc l'intérêt politique qui apparaît. D'autre part, la situation particulière de notre pays pose aujourd'hui une série de questions assez angoissantes. Avec sa faible natalité, sa population relativement peu élevée, il a toujours abrité sur son territoire de nombreux étrangers : la femme apparaît ainsi comme un élément capital de la nation, en ce sens qu'il faut la conserver dans les liens de nos lois, quand elle épouse un étranger, afin que par elle soit fondée sur le territoire français une famille française.

Sans doute, la condition privée de la femme est à ce point de vue un élément secondaire, mais il ne faut pas oublier qu'elle est un effet du mariage, ce qui entraîne, en principe, sur le plan du conflit des lois, sa soumission à la même loi que tous les autres effets du mariage.

Cette étude se présente ainsi, non pas seulement comme celle d'une question spéciale, détachée de l'ensemble du Droit International Privé : dans un cadre plus restreint, elle pose toute une série de problèmes très généraux, auxquels elle apporte des solutions particulières, mais susceptibles d'être étendues à toute la matière du statut personnel, berceau du Droit International Privé, et grande source d'application de la loi étrangère en France. En nous plaçant à un

(1) *Bartin, Etudes de droit international privé*, Préface, p. 3.

(2) « Pour qu'une République soit bien organisée, les principales lois doivent être celles qui régissent le mariage » *Platon, Des Lois*, 4.

point de vue objectif, c'est naturellement, d'après la jurisprudence, la situation des femmes mariées étrangères en France qui formera le fond de nos développements ; mais les principes sont les mêmes pour les deux autres aspects du conflit des lois : femmes françaises ou étrangères à l'étranger. Nous nous efforcerons de montrer comment ils ont été dégagés par la doctrine, et de préciser leur rôle dans la formation et dans l'évolution de notre système de conflits.

La conciliation entre les divers intérêts juridiques, politiques ou économiques qu'on a rencontrés, et qui s'opposent parfois les uns aux autres, soulève deux questions principales, l'esprit du droit français fournissant, dans tous les cas, la solution (1).

L'incapacité de la femme mariée est soumise, en principe, à la loi qui gouverne les effets du mariage. Il nous faudra donc tout d'abord déterminer cette loi.

Mais les divers éléments qui complètent, comme nous l'avons vu, le système du droit français (2), régime matrimonial, responsabilité civile et obligations légales, mandat tacite, devoir d'obéissance, et mêmes règles touchant à l'organisation de la propriété foncière, ou à l'intervention des Tribunaux, peuvent correspondre sur le plan du conflit des lois, à l'application d'une loi différente, dont chacune viendra limiter le domaine de la loi généralement applicable. Certaines de ces lois sont déterminées à l'avance et une fois pour toutes, d'autres au contraire, sont essentiellement variables, en particulier, la loi qui gouverne le régime des biens entre époux à la loi qu'ils ont ou sont présumés avoir choisie. Nous ne pouvons pas ici entreprendre de déterminer chacune de ces lois : nous nous contenterons de les supposer différentes de la loi généralement applicable : aussi bien le problème n'est pas là : il consiste à déterminer

(1) Bartin, *Etudes*, p. 1 à 82, et « la doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois », *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, 1930, I, t. 31, p. 561 s.

(2) Auxquels nous ajouterons deux institutions empruntées au droit étranger : les incapacités spéciales et le régime du trust.

leurs rôles respectifs et la mesure dans laquelle elles viennent compléter ou limiter le domaine de cette loi.

Tous ces problèmes, malgré le caractère profondément nouveau d'un grand nombre de leurs éléments, ont pu se poser dès avant le Code Civil ; il est impossible de négliger les solutions qu'ils avaient reçues alors, quelle que soit la valeur qu'on leur attribue : tout d'abord, d'une façon générale, ces précédents sont les seuls auxquels on puisse se reporter ; d'autre part, on sait que la condition actuelle de la femme mariée emprunte encore ses dispositions principales à notre ancien droit. Il faut donc, avant d'aborder la question dans le droit actuel, voir comment elle se posait à cette époque.

Nous étudierons ainsi, dans un Chapitre Préliminaire, les conflits de coutumes dans l'ancien droit.

La Première Partie sera consacrée à la détermination de la loi généralement applicable à l'incapacité de la femme mariée.

Dans la Seconde Partie, nous étudierons le domaine et les limites d'application de la loi ainsi déterminée, qui est, comme on le verra, la loi personnelle.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Les conflits de coutumes dans l'ancien droit

La France de l'ancien régime, avec sa législation disparate, a connu des conflits de coutumes, dont l'étude et la solution formaient l'objet de la théorie des Statuts (1).

Nous trouvons un témoignage de la fréquence des conflits que soulevait l'incapacité de la femme mariée, dans l'ouvrage d'un des derniers représentants de la théorie des Statuts, Froland (2). Cet auteur ne compte pas moins de trente-quatre coutumes importantes établissant, dans des conditions assez différentes, l'incapacité de la femme mariée ; l'expression du droit commun coutumier se trouvait dans l'article 223 de la Coutume de Paris : « La femme ne peut vendre, aliéner, ni hypothéquer ses héritages sans l'autorité et le consentement exprès de son mari, et que si elle fait aucun contrat sans l'autorité et le consentement de son dit mari, tel contrat est nul, tant pour le regard d'elle que de son dit-mari, et n'en peut être poursuivie, ni ses héritiers après le décès de son dit-mari ».

Si l'on se rappelle, d'autre part, que le Sénatus-Consulte Velléen, et l'Authentique « *si qua mulier* » étaient en vigueur dans la plupart des pays de droit écrit, du moins à partir du XIV^e siècle, — ainsi d'ailleurs qu'en Normandie —, mais que dans ces pays la femme n'était pas frappée d'une incapacité générale, on aura une idée du nombre et de la fréquence des conflits qui pouvaient se poser,

(1) V. Lainé, Introduction au Droit International Privé ; Martin, Principes, § 60 s., t. I., p. 125 s.

(2) Mémoires concernant la nature et la qualité des Statuts, t. 1, p. 99.

d'autant plus que le régime matrimonial légal n'était pas partout le même, sans parler du régime conventionnel.

Cet état de la législation a subi, au cours des siècles, de profondes transformations, mais de son côté, la théorie des Statuts s'étend sur une période qui n'est pas inférieure à six siècles (du XIII^e au XVIII^e) et elle est naturellement passée par des phases très diverses.

Sa dernière expression, la plus complète et la plus savante, n'est même pas définitive. Car, les derniers statutaires ont introduit à bien des égards des solutions, sinon des conceptions nouvelles (1).

Le domaine de la théorie était cependant assez bien délimité : en effet, les coutumes qui faisaient l'objet de ces études ne comprenaient guère que deux sortes de dispositions : celles qui concernaient la condition des personnes, et celles qui concernaient la condition des biens (2), à l'exclusion du droit fiscal, de la procédure, du droit public et du droit pénal, et même des obligations et des contrats(3).

Il n'est donc pas exact de lui reprocher d'avoir divisé les lois en deux classes : les statuts réels, qui sont le droit commun et les statuts personnels (4). La théorie n'avait pas le caractère de généralité qu'a aujourd'hui le Droit International Privé.

Enfin, la théorie s'appliquait aussi aux relations internationales. C'est un fait incontestable dont la démonstration a été fournie par M. Lainé, réfutant ainsi l'opinion de Laurent (5).

Mais les statutaires n'ont jamais distingué nettement les deux situations, et il convient d'éviter par conséquent les

(1) Notamment Bouhier.

(2) Et quelquefois la forme des actes.

(3) De Vareilles-Sommières, la Synthèse du Droit International Privé, t. I, p. 78 s.

(4) Sans parler des statuts mixtes, sur la définition et le contenu desquels on n'avait jamais pu s'entendre.

(5) Lainé, op. cit. t. I, p. 74-92, et Laurent, le Droit Civil International, t. I, n° 257-258.

rapprochements trop accentués entre leurs solutions et les nôtres.

Sous le bénéfice de ces observations, il est possible d'invoquer sur deux points l'autorité des statutaires : tout d'abord, la nature des statuts qui régissaient la condition de la femme mariée (Section I) et, d'autre part la loi à laquelle ils étaient soumis (Section II).

SECTION I

LA NATURE DES STATUTS

L'incapacité de la femme mariée, fit, de très bonne heure, l'objet des études auxquelles se livraient les statutaires : ainsi Tiraqueau (1) commente dans son *Traité « De legibus connubialibus et jure maritali »* (2), le texte de la coutume du Poitou, rendant la femme incapable, et il refuse de voir dans l'autorisation maritale une question de forme : pour lui, c'est un statut personnel, comme déjà pour les anciens statutaires italiens, tels Bartole, Balde ou Salicet (3). Cette solution est d'ailleurs acceptée par d'Argentré lui-même, la définition restrictive qu'il donne du statut personnel : « *pure, citra rerum immobilium mixturam, et abstracte a bonni materia reale* ». Pour lui, en effet, le statut personnel est celui qui n'affecte que l'état universel « *qui mutat statum, afficit personam* » (4).

Or, présente ce caractère, le statut qui enlève à la femme le droit de contracter et de s'obliger, et permet de déclarer ses actes nuls (5).

On sait que la doctrine de d'Argentré, d'abord repoussée en France, connut une grande faveur dans les Pays-

(1) 1480-1558.

(2) Glose 8, n° 216.

(3) Lainé, op. cit., t. I, p. 216.

(4) Coutume de Bretagne, article 218, Glose 6, nos 7, 8 14.

(5) Coutume de Bretagne, Article 218, Glose 6, n° 7.

Bas, puis fut reprise (1), en France même au XXVIII^e siècle, par les trois auteurs qui ont consacré des ouvrages aux conflits de coutumes, ou « questions mixtes », comme ils les appelaient. Cè sont Froland (2), Boullenois (3) et Bouhier (4). Le premier, dans ses *Mémoires concernant la nature de la qualité des statuts*, le second dans divers ouvrages : les *Questions sur les démissions de biens*, les *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes*, et surtout son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes et statuts*, le troisième dans ses *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne* (Ch. XXI à XXXVI).

Certes, leur doctrine est loin d'être identique et même, elle a varié avec les différentes œuvres de chacun d'eux (5).

Mais enfin, on peut dégager de leurs écrits, sinon certains principes communs, du moins de nombreuses solutions à peu près identiques.

Il en est ainsi pour la personnalité du statut d'incapacité de la femme : c'est la solution que donne à plusieurs reprises Froland (6), qui constate d'ailleurs que « tous nos bons auteurs, qui ne se sont point arrêtés à subtiliser comme ont fait les Italiens, convenaient que ce statut est aussi personnel » (7). Boullenois est du même avis (8), ainsi que Bouhier, qui, se demandant quel est le motif de l'incapacité de la femme, y voit un effet de la puissance maritale, parce qu'elle coïncide dans le temps avec le mariage (9). Mais il tient compte également de l'idée exprimée par

(1) Au moins quant à son cadre.

(2) Mort en 1746.

(3) 1680-1762.

(4) 1673-1746.

(5) Boullenois en particulier.

(6) *Mém.*, t. I, p. 89, p. 99, p. 111.

(7) *Mém.*, t. II, p. 1160.

(8) *Traité*, t. I, p. 111.

(9) *Observ.*, Chap. XIX, n^o 46.

Coquille (1), que « l'interdiction précise de contracter durant le mariage à son respect à ce qu'une femme mariée, par bienséance, ne doit avoir communication d'affaires avec autrui sans le su et le congé de son mari, pour éviter la suspicion » ; mais celui-ci ajoutait : « mais en France nous avons estimé que l'honneur et pudicité des femmes se conserve mieux avec une honnête liberté qu'avec une sujétion servile en laquelle les femmes ont été et sont tenues dans d'autres régions ».

En tout cas, Bouhier tient le statut pour personnel (2).

L'accord est donc fait sur ce point qui, à vrai dire, ne fait pas difficulté. Mais, les trois auteurs sont encore d'accord, sur un point plus délicat : il s'agit de la nature du statut qui « prohibe l'engagement de la femme », c'est-à-dire du Sénatus-Consulte Velléen. Ils en font un statut personnel, ce qui n'est guère en accord avec les idées de d'Argentré, puisqu'il s'agit d'une disposition de capacité spéciale. A la vérité, Froland ne se décide pas sans hésitation : il est normand ; sa tournure d'esprit, et aussi son attachement à la coutume de son pays, le portent à discuter longuement, dans un chapitre spécialement consacré au Velléen (3), les raisons qui militent en faveur des deux solutions (4). Il finit par résoudre affirmativement la question de savoir si les biens situés en Normandie peuvent être engagés par une femme domiciliée dans le ressort d'une coutume ignorant la prohibition Velléienne, comme la Coutume de Paris (5).

Boullenois (6) et Bouhier (7) se décident beaucoup plus rapidement dans le même sens.

(1) Coutume du Nivernais, Ch. XXIII, art. 1^{er}, t. II, p. 212.

(2) Voir encore Obs. Ch. XXI, n° 80, Ch. XXIV, n° 31.

(3) Mém., Chap. XX, t. II, p. 969 et s.

(4) V. encore Mém., t. I, p. 98, p. 131.

(5) Mém. Chap. XX, t. II, p. 981.

(6) Traité, t. I, p. 187.

(7) Observ., Ch. XXIII, n° 80 et XXVII, n° 5.

A côté de l'incapacité, nous retrouvons parmi les statuts personnels le régime matrimonial, en particulier le régime légal. C'est que l'opinion de Dumoulin, exprimée d'abord dans son *Consilium* LIII, avait triomphé. Froland le constate, et ajoute que d'Argentré n'avait pas réussi à ébranler l'idée de la convention tacite (1).

D'ailleurs, qu'on admette ou non cette théorie, la personnalité du statut n'est pas mise en doute. Boullenois repousse le système de la convention tacite, qu'il considère comme inutile, car il voit dans le régime légal une situation personnelle légale qui affecte suffisamment les personnes pour être un statut personnel (2).

Cette opinion était restée isolée, car Bouhier (3) admet, comme Froland, la théorie du contrat tacite sans la discuter.

Les divergences vont commencer lorsqu'il s'agit de déterminer la nature du statut qui interdit l'aliénation des biens dotaux. La question était fort importante, puisque le régime dotal était le régime légal aussi bien en Normandie que dans les pays de Droit Ecrit. Froland ne consacre pas moins de vingt pages à la question, et suivant son habitude, il expose les arguments dans les deux sens. Mais il finit par se décider pour la personnalité du statut, parce que la prohibition tombe principalement sur la personne : « *primario, universaliter et abstracte ab omni materia reale* », et tombe sur la chose, seulement « *secundario et per consequentias* » (4). Bouhier, plus hardi, ne s'embarasse pas de toutes ces subtilités : « Il faut, dit-il, s'attacher davantage à l'esprit qu'à la lettre de la disposition », *menti quam literae*, suivant l'expression de Dumoulin », et même si l'inaliénabilité dotale semblait ne s'attacher à personne, elle n'en serait pas moins, selon lui, un statut personnel (5).

(1) *Mém.* t. II, p. 178 s., p. 190.

(2) *Traité*, t. I, p. 732 s.

(3) *Observ.* Ch. XXVI, n° 3 s.

(4) *Mém.*, t. II, p. 1007 s.

(5) *Observ.* Ch. XXIII, n° 77, 78.

Par contre, Boullenois y voit une prohibition particulière et réelle, une incapacité spéciale ; c'est donc un statut réel (1). Il n'a pas su se dégager des idées de d'Argentré dont il reproduit, sur ce point, la distinction. Mais Boullenois a sur les deux autres auteurs la supériorité d'être plus complet : il nous fournit quelques indications intéressantes sur des points qu'ils laissent de côté. Ainsi, dans un chapitre consacré aux « solemnités et formalités des actes », il traite la question des formalités habilitantes, et prend pour exemple l'autorisation maritale des pays coutumiers (2). Il se livre d'ailleurs à des distinctions assez subtiles entre le consentement et l'autorisation, laquelle est plus large et renferme le consentement ; et il soumet l'habilitation, quant aux formalités, à la loi du domicile, qui régit le statut personnel « La personne inhabile par état ne peut jamais être habilitée que par la loi de son domicile et suivant les formalités qu'elle prescrit ». Mais, il est avocat, et il sait tenir compte des nécessités de la pratique ; aussi, ajoute-t-il (3) : « Quant à l'autorisation judiciaire, à cause de la nécessité du commerce, elle peut être donnée par tous les juges du lieu où la personne se trouve « *salva fraude* » — sauf en cas de fraude —. Autrement le commerce des hommes deviendrait trop incommode et trop embarrassant si une femme ne pouvait en aucun cas ne se faire autoriser que par son juge. Au refus de son mari, comment ferait-elle, lorsque, étant éloigné de chez elle, il est question de conclure promptement une affaire qui lui est avantageuse ? »

Il étudie également certaines questions soulevées par la séparation de biens judiciaire (4) et il la soumet à la *lex fori*, notamment quant à la publicité, mais il rapporte un arrêt du Parlement de Paris, rendu en 1658, exigeant, pour la publicité, qu'on suive aussi la loi du lieu de

(1) Traité, t. II, p. 208 s.

(2) Traité, t. I, p. 472 s.

(3) *ibid.* p. 478.

(4) Traité, t. I, p. 536 s.

l'exécution. Boullenois s'élève fort contre cette opinion : « Les créanciers, dit-il, auraient dû se renseigner, et quand un acte est, dès le principe, revêtu de ses formes, il a lieu partout sans autre nouvelle formalité ».

Pour Froland, d'ailleurs, la séparation de biens judiciaire est soumise à la loi du domicile (1).

Sur un dernier point, enfin, les derniers statutaires restent attachés aux idées de d'Argentré : l'hypothèque légale de la femme mariée dépend de la loi territoriale c'est un statut réel. C'est ce que dit Boullenois, qui rapporte que Bouhier avait la même opinion (2).

En somme, les divergences étaient peu importantes, entre les trois auteurs, quant à la « nature des statuts », et sous bien des rapports, leurs solutions ont conservé une certaine valeur : c'est que, tout en respectant les principes, ils avaient su les concilier avec les nécessités de la pratique.

Au contraire, on va voir que sur la question de la loi applicable, les controverses furent beaucoup plus vives et ils n'arrivèrent jamais à dégager des solutions bien nettes.

SECTION II

LA LOI APPLICABLE

Le statut personnel était régi par la loi du domicile (3). Il ne pouvait en être autrement, puisque le seul lien entre la personne et la coutume était la fixation de son domicile sur le territoire que cette coutume régissait : l'idée de nationalité, même d'une nationalité provinciale, n'existait pas. Le statut personnel suivait l'individu partout. Sur ce point, l'accord était fait, mais on ne cherchait guère à donner les motifs de cette solution.

Nos trois auteurs n'ont apporté d'ailleurs dans la discussion aucun élément nouveau. Il faut remonter jusqu'à

(1) Mémoires, t. I, p. 238.

(2) Traité, t. I, p. 86.

(3) Laine, Introd., t. II, p. 116 s.

Dumoulin pour trouver quelques indications : commentant la disposition de la coutume de Normandie, qui permet à la femme de révoquer après la mort de son mari, la vente de ses biens, même lorsqu'elle y a été autorisée, il est d'avis que « cette coutume doit s'appliquer à ses sujets, non seulement en Normandie, mais pour tous les biens, en quelque lieu qu'ils soient. C'est qu'en effet la raison de cette coutume est qu'en Normandie, les femmes sont comme des servantes, entièrement soumises à leurs maris, qui sont pour la plupart avares et fraudeurs : il y a présomption de fraude de la part du mari et de juste crainte de celle de la femme, d'où extension de cette coutume aux biens situés à Paris, à Lyon, ou en Allemagne ; ainsi le veut le concours de la justice naturelle et du droit commun » (1).

M. Lainé (2) conclut avec raison de ce passage que Dumoulin a entrevu le principe, mais qu'il n'en a eu qu'un aperçu fugitif : cette disposition, faite spécialement en vue du caractère normand doit suivre les normands partout. Notons que dans un autre ordre d'idées, le passage est intéressant : Dumoulin suppose des biens situés en Allemagne, c'est un conflit international ; or, il est clair qu'il ne fait aucune différence entre ce cas et les autres. A ce point de vue également, on ne trouve qu'en germe les principes du Droit International Privé moderne.

On peut relever un autre passage dans Boullenois (3), qui contient également la trace d'une idée toute moderne. « Pour les lois particulières et domestiques faites pour former dans l'homme un certain état et une certaine condition..., n'est-il pas raisonnable de consulter la loi du domicile ? Si les hommes vont et viennent, s'ils n'adhèrent pas à la terre d'une adhésion d'incorporance, ils y adhèrent fictivement et politiquement en choisissant un lieu pour y couler leurs jours et y établir le siège de leurs affaires et de leur fortune. »

(1) Comment. in Cod., Livre I, titre I, p. 556.

(2) Op et loc. cit.

(3) Dissertations, Qu. I, p. 3.

M. Batiffol (1) voit dans ce passage l'idée d'un lieu politique, assez en rapport avec la conception féodale et la situation encore mal assurée de l'autorité, qui se seraient maintenues jusqu'à la fin de l'ancien régime. Mais, à côté de cette idée, on trouve l'autre signification du domicile ; le lieu du principal établissement, des intérêts immédiats d'un individu dans ses rapports avec les tiers. La portée des deux idées se déterminerait assez bien par la solution donnée au problème de la loi applicable en cas de changement de domicile, et précisément, le statut personnel, du moins à l'exception des incapacités spéciales, fut soumis à la loi du domicile d'origine, par opposition du domicile actuel.

M. Batiffol conclut de là que les auteurs du XVIII^e siècle avaient de la loi personnelle la même conception que nous, et que, nécessairement, par suite de l'établissement d'une législation unique, la loi nationale devait tout naturellement prendre la place de la loi du domicile, car le maintien de cette dernière aurait une révolution dans les idées, consacrant l'abandon du principe de stabilité que pouvait seule satisfaire l'application de la loi du domicile d'origine.

Cependant, il semble difficile d'aller jusque là car les statutaires, s'ils ont un moment aperçu le principe, ne s'en sont jamais rendus maîtres (2).

C'est surtout pour des raisons pratiques qu'ils appliquent *ne varietur* la loi du domicile d'origine au statut personnel, mais les raisons de droit qu'ils en fournissent sont généralement assez faibles. Bien mieux, le plus souvent, ils se contentent d'affirmations pures et simples, et ne se font pas faute de se contredire dans un même ouvrage. Telle nous semble être en tout cas, la situation exacte, au point de vue particulier de la femme mariée. Il suffit pour le démontrer de reprendre les textes.

(1) Batiffol, Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France, Thèse, Paris, 1929, p. 57 s.

(2) Laine, Introd., t. II., p. 201 s.

C'est Froland, qui le premier, propose la distinction et soumet en conséquence l'âge de la majorité à la coutume du lieu de naissance (1). Cependant, quoique la capacité générale soit régie par la loi du domicile d'origine, il applique à l'incapacité de la femme mariée la loi du domicile actuel : « Celle qui ne saurait faire aucun acte sans l'autorisation expresse de son époux, suivant la coutume du lieu où elle réside, se retirant avec lui dans un pays où la loi n'est pas si rigoureuse, devient plus libre qu'elle n'était auparavant, et vice-versa »... » (2). Et pourtant, tout le monde le reconnaît, l'incapacité de la femme mariée est bien une incapacité générale. Plus loin (3), traitant de la condition des biens paraphernaux, qu'il soumet à la loi du domicile actuel, il nie que l'autorisation maritale, qui est un statut personnel, ait toujours le même effet en quelques lieux que la femme ait des biens ou que les coutumes régissent toujours les immeubles qui sont situés sur leur territoires, surtout dans le cas d'un contrat de mariage. La loi du contrat de mariage est donc susceptible d'intervenir, mais la loi applicable, c'est celle du domicile, au moment où l'acte a été passé, le mari devant être considéré comme en ayant eu connaissance, et la femme, de son côté, comme n'ayant pas voulu diminuer ses droits. Le mari ne peut d'ailleurs modifier la condition de sa femme ni altérer les droits qui lui étaient acquis par un contrat de mariage en transférant son domicile ailleurs, pour avoir occasion d'en profiter.

Froland applique par conséquent la loi du domicile actuel, réserve faite de l'intervention de la loi qui régit le contrat de mariage — ou le régime légal —, et des droits ainsi acquis à la femme, ou encore du cas de fraude de la part du mari.

Bouhier, sur ce point, présente un certain nombre d'obscurités et de contradictions assez étonnantes. Il applique tout d'abord la loi du premier domicile à l'état univer-

(1) Mém., t. II, p. 1581.

(2) Mém., t. I, p. 172.

(3) Mém., t. II, p. 1125 s., 1138, 1145, 1153.

sél, et la loi du domicile actuel aux incapacités spéciales (1), et plus loin (2), il détermine *ne varietur* la puissance maritale, fondement de l'incapacité, par la loi du domicile matrimonial ; en effet, dit-on, « on ne voit pas comment cet état une fois déterminé, pourrait changer par une simple translation de domicile faite par le mari. Qu'y aurait-il en effet de plus ridicule que de voir une femme qui, dans un pays, ne pouvait rien faire sans l'autorité de son mari, devenir tout d'un coup par un simple changement de domicile, libre de cette sujétion, et ensuite y retomber, en cas qu'il plût à son mari de retourner à sa première demeure ? Ne serait-ce point faire dépendre du caprice des maris, l'état des femmes, dont il est si important de s'assurer dans la société civile ? » C'est donc la loi du domicile matrimonial qui régit irrévocablement la condition de la femme, même si elle est séparée de biens (3). Une translation de domicile faite par le mari ne peut donc rien modifier, ni de ses droits pécuniaires, ni de ceux de sa femme (4), mais la loi du domicile matrimonial cessera cependant de s'appliquer dans l'intérêt des tiers.

Bouhier adopte donc l'opinion contraire de celle de Froland, sinon sur le principe, du moins quant à l'incapacité de la femme mariée. Il défend même assez longuement cette solution, quoique ses arguments soient en quelque sorte sentimentaux, tout au moins moraux ; quoiqu'il en soit, elle est très nettement exprimée. Pourquoi alors un peu plus loin, soutient-il que « l'état et la capacité des hommes, ainsi que leurs droits, se règlent par la loi du domicile actuel » (5) et que « ...cette nouvelle loi prend sur eux le même empire qu'avait celle de leur premier domicile ? » (6).

(1) Observ., Ch. XXII, n° 6.

(2) Ibid., n° 22.

(3) Observ., Ch. XXII, nos 45-46.

(4) Ibid., n° 63.

(5) Ibid., n° 142.

(6) Ibid., nos 147, 149.

Quant à Boullenois, dans ses Dissertations (1), il avait d'abord séparé l'état de la faculté, et décidé que le « pouvoir » de la femme mariée changeait avec le domicile de son mari. Il maintient la même solution dans son Traité (2), tout en respectant les droits que la femme peut tenir de son contrat de mariage, par exemple en ce qui concerne ses paraphernaux. Mais, il ajoute que « si par hasard, on faisait une réforme sur ce point, on pourrait adopter le système du Président Bouhier ».

Boullenois ne pense aucunement, d'ailleurs, à justifier la solution qu'il adopte.

On peut donc conclure avec certitude que la distinction était loin d'être faite, ni en pratique, ni même en doctrine ; chacun des trois auteurs, oubliant parfois une opinion précédemment soutenue, tourne autour de la question sans pouvoir la résoudre. Aussi, sauf quelques idées exactes, comme celle de la réserve des droits que la femme tient de son contrat de mariage, ou de la fraude, qu'on peut transporter au cas tout moderne d'un changement de nationalité, les solutions qu'ils ont données sur ce point ne présentent plus pour nous aujourd'hui qu'un intérêt historique.

Il n'en est pas de même, d'ailleurs, en ce qui concerne le régime des biens entre époux. Là encore, l'influence de Dumoulin se faisait sentir : la loi du domicile matrimonial s'appliquait *ne varietur* (3).

Il s'était même présenté à plusieurs reprises de véritables litiges internationaux, qu'on avait d'ailleurs résolu, comme à l'ordinaire, sans les distinguer des conflits de coutumes proprement dits. Froland rapporte ainsi l'arrêt Vanelli, rendu par le Parlement de Paris, le 23 mars 1640 (4). Vanelli était un Lucquois, établi à Paris, mais qui s'était marié dans son pays, au cours d'un voyage qu'il y avait fait. Il était ensuite revenu en France avec sa femme. La

(1) Dissert., Qu. I, p. 58 ; Qu. 5, p. 407.

(2) Traité, t. II, p. 16.

(3) Froland, Mém., t. I, p. 202, 203.

(4) Mém., t. I, p. 350-358 et 404.

Grand'Chambre, infirmant une sentence de la Prévôté, jugea que les époux devaient être soumis à la loi lucquoise, loi de leur domicile matrimonial.

Si, par conséquent, sur ce point, l'accord était fait, nos trois auteurs n'avaient eu qu'à reproduire les idées que Dumoulin avait fait triompher deux siècles auparavant.

Sur une dernière question, cependant, on peut relever dans l'ouvrage de Bouhier, l'origine d'une idée toute moderne, qui se rattache au fondement d'application du statut personnel : s'agissant de la femme normande séparée de biens judiciairement, Bouhier estime qu'elle reste soumise aux dispositions de sa coutume, d'après lesquelles il ne lui est pas possible d'aliéner ses immeubles sans une permission de la justice, même après qu'elle a transféré son domicile à Paris, où cette règle n'existe pas. Il en donne des raisons qu'on pourrait retrouver chez tous les auteurs contemporains, et qui nous paraissent avoir conservé toute leur valeur : « Il ne faudrait pas dire que cela pourrait tromper ceux qui voudraient contracter avec elle, car nous avons une règle de droit que quand on contracte avec quelqu'un, on doit s'instruire de sa condition : *« qui cum alio contrahit, vel est, vel esse debet non ignarus conditionis ejus »*. Ainsi, ce serait à celui qui aurait contracté avec une pareille femme à s'imputer de ne s'être point éclairci des conditions dans lesquelles elle aurait été séparée » (1).

Incontestablement, ce passage indique que l'application des coutumes a, selon Bouhier, un fondement juridique, mais il est permis de penser que cette solution ne valait, dans son esprit, que pour les conflits de statuts proprement dits, car, plus loin, il se prononce tout différemment pour l'hypothèse d'un conflit entre la loi étrangère et la loi française : « bien que les lois d'une nation n'ont aucune autorité hors de leur territoire, on pourrait soutenir avec quelque apparence de raison, que, quoique ce principe soit certain, à la rigueur il semble que par une

(1) Observ., Ch. XXII, n° 57.

espèce de droit des gens et par une courtoisie réciproqué entre les peuples qui sont ainsi, et où chacun trouve son intérêt, la rigueur en ait été tempérée, en plusieurs occasions, et surtout quand la police de la nation n'en est point blessée (1) ».

C'est la consécration de la théorie hollandaise de la courtoisie internationale, et on peut en conclure également que le principe général d'application des lois n'était pas dégagé plus nettement que la distinction du domicile d'origine et du domicile actuel.

Ainsi, la théorie des statuts nous fournit quelques indications relativement précises sur la question qui nous occupe, mais elle n'a jamais pu dégager de conception d'ensemble. Encore faut-il remarquer que pour les problèmes soulevés par l'organisation des rapports entre époux, étant donné leur ancienneté et leur importance, nous sommes relativement plus favorisés qu'en bien d'autres matières. En égard aux conditions radicalement différentes dans lesquelles se pose aujourd'hui la question du conflit des lois, on peut donc invoquer jusqu'à un certain point l'autorité des statutaires. Cela tient, non pas du fait que le Code Civil a consacré la théorie des statuts, mais seulement à la valeur qu'ont conservée certains de leurs raisonnements, ou certaines remarques qui leur avaient été suggérées par la pratique des affaires.

Il nous semble donc inutile de reprendre ici la controverse que soulève la question des rapports de la théorie des statuts avec le Code Civil (2). Outre qu'elle ne nous

(1) *Observ.*, Ch. XVI, n^{os} 126, 127.

(2) V. pour l'adoption de la théorie par le Code Civil : de Varenilles-Sommières, *La Synthèse*, t. I, p. 11 s., p. 186 s.; à un moindre degré : Audinet, *Principes*, 2^e édit., p. 215; Arminjon, *Précis*, p. 41 et même Laigné, *Introd.*, t. II, p. 45-46, *Revue de D.I.P.*, 1905, p. 52-54; adde : Batiffol, *op. cit.*, p. 71 s.

Contra : Despagnet et de Boeck, *Précis*, 5^e édit., n^o 94; Weiss, *Traité*, 2^e édit., t. III, p. 149-153; Surville et Arthuys, *Cours Élémentaire*, 7^e édit., p. 44; Pillet, *Traité prat.*, t. I, n^{os} 47-48; Lerebours-

apporterait, quand à notre sujet aucune indication nouvelle (1), une telle discussion ne peut mener à rien. En effet, à supposer même, ce que nous ne croyons pas, d'ailleurs, que les rédacteurs du Code aient reproduit les distinctions consacrées par les statutaires, le chemin parcouru depuis 1804 exclut définitivement toute tentative de rapprochement entre la vieille théorie et la doctrine moderne ; elle deviendrait alors une gêne, au lieu d'être un guide déjà lointain, mais parfois encore assez sûr.

Pigeonnière, Précis, nos 207-209 ; Niboyet, Manuel, 2^e edit., n^o 475 et surtout Bartin, Principes, § 65 s., t. I, p. 146 s.

(1) M. de Vareille-Sommières admet que l'incapacité de la femme mariée est un statut personnel, La Synthèse, t. II, p. 104.

PREMIÈRE PARTIE

Détermination de la Loi généralement applicable à l'incapacité de la femme mariée

L'incapacité de la femme mariée, effet personnel du mariage, prend naissance avec lui, et a la même durée (1). Elle est une de ces dispositions d'état et de capacité visées par l'article 3, alinéa 3. En conséquence, toutes les femmes mariées françaises, ou considérées comme telle par la loi française, sont soumises, quel que soit le pays sur le territoire duquel elles se trouvent, aux dispositions du Code Civil.

Suivant le principe qu'ont suivi les rédacteurs du Code, l'article 3, alinéa 3, ne concerne que les Français. Mais, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord, aujourd'hui, pour soumettre l'état et la capacité des étrangers en France, à leurs lois nationales. C'est là un problème très général, qu'on n'a pas à discuter ici ; il nous suffit de rappeler que la solution de l'article 3, alinéa 3 pour les Français, si elle n'entraîne pas nécessairement l'application de la loi nationale à l'état et la capacité des étrangers, repose sur un fondement qui conserve la même valeur dans les deux cas : la loi nationale est la seule qui présente des avantages suffi-

(1) On est en présence, par hypothèse, d'un mariage valable, ou considéré comme tel dans notre système de conflits. Sur le mariage putatif, v. *Bartin, Principes*, § 291, t. II, p. 209-213 ; *Audinet, Cl.* 1930, p. 322.

sants de permanence et de stabilité pour régir la constitution de la famille (1). Idée politique, d'ailleurs tout autant que juridique, mais qui correspond tout à fait à la conception des rédacteurs du Code Civil.

Telle est donc le principe d'application de la loi nationale aux effets du mariage ; il faut maintenant étudier son fonctionnement.

Le mariage, union permanente de l'homme et de la femme, devrait être régi, dans toutes ses conséquences, et entre autres, l'incapacité de la femme mariée, par une loi unique, dès son début, et pendant toute sa durée. Autrement dit, cette unité suppose celle de la nationalité des deux époux dans les mêmes conditions. C'est le cas normal le plus fréquent ; son étude fera l'objet d'un Chapitre Premier.

Mais cette unité n'existe pas nécessairement : tout d'abord, la femme peut ne pas prendre la nationalité de son mari, et conserver la sienne propre ; dans ce cas, dès le début du mariage, le principe d'unité n'existe jamais : les lois personnelles des époux sont en conflit (Chapitre II).

De plus, en admettant même que les époux aient eu au début du mariage la même nationalité (2), ou même tous deux, soit, simultanément (3) soit successivement, peuvent acquérir une nationalité nouvelle, identique ou différente.

Dans toutes ces hypothèses, les éléments du conflit des lois personnelles subissent un changement dans le temps. C'est le conflit mobile (4) par opposition au conflit immobile. Sans doute, c'est toujours de l'unité du statut matrimonial qu'il s'agit, mais ils se posent dans des termes

(1) V. *Bartin, Principes*, § 228, t. II, p. 27-28.

(2) La femme reprenant par exemple sa nationalité primitive : c'est l'hypothèse de la réintégration.

(3) De leur propre volonté, ou au contraire par suite d'une annexion.

(4) *Bartin, Principes*, § 15 et 16, t. I, p. 28 s.

assez différents pour qu'on les examine séparément. Ce sera l'objet du Chapitre III.

Dans les deux cas on peut supposer que les deux époux ou seulement l'un d'entre eux, possèdent deux ou plusieurs nationalités différentes ou, au contraire, n'en possèdent aucune. Ces situations sont les conséquences inévitables du caractère souverain et unilatéral des dispositions qui règlent, dans chaque Etat, la nationalité. On peut se demander, alors, comment maintenir le principe de la loi nationale, qui, de toute évidence, reste insuffisant pour trancher ces deux types de conflit, et s'il n'y a pas lieu de faire appel à une autre loi (Chapitre IV).

Il faudra enfin prendre parti sur une certaine interprétation de la loi personnelle étrangère, très discutée, surtout en doctrine ; c'est la question du renvoi (Chapitre V).

CHAPITRE PREMIER

L'application du principe

Lorsque, par le mariage, la femme perd sa nationalité d'origine pour prendre celle de son mari (1), le principe s'applique sans difficulté, non seulement aux femmes françaises, mais aux femmes étrangères en France.

C'est la solution de tous les auteurs (2). C'est aussi aussi aujourd'hui celle de la jurisprudence. Mais si elle a toujours soumis les femmes françaises à la loi française, conformément à l'article 3, alinéa 3, ce n'est pas sans une certaine hésitation qu'elle a appliqué aux femmes étrangères en France leur loi nationale. C'est naturellement le cas qui s'est présenté de beaucoup le plus fréquemment devant les tribunaux français, du moins lorsqu'ils se déclaraient compétents. Les arguments ne manquaient pas, pour appliquer la loi française, et, en tout cas, pour éviter de

(1) C'était le système suivi par le Code en 1804, tant pour les femmes étrangères épousant un Français (art. 12 ancien) que pour les femmes françaises épousant un étranger (art. 19 ancien).

(2) Aubry et Rau, § 31, note 10, t. I, p. 183; § 472, note 129, t. VII, p. 169; Laurent, *Le droit civil international*, t. V, n° 61; Despagne, *Précis*, n° 405; Pillet, *Traité*, t. I, p. 587; Weiss, *Traité*, t. III, p. 573 s.; Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, n° 346; Niboyet, *Manuel*, 2^e édit., p. 694; Bartin, *Principes*, § 294, t. II, p. 2183; Audinet, *Les effets du mariage*, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1926, t. I, p. 212 s.; Houot, *Conflit des lois relatives aux effets du mariage quant à la personne*, thèse, Nancy, 1888, p. 24; Guillot, *La condition de la femme mariée dans le domaine des intérêts pécuniaires, en droit comparé et en droit international privé*, thèse, Poitiers, 1912, p. 209 s.; Adde, *Répertoire de D. I.*, V^o Capacité, n° 47, V^o Femme mariée.

se prononcer, en fait, sur le contenu d'une loi étrangère, inconnue et invérifiable.

Tel est bien le sens des premières décisions rendues dans les années qui suivirent la promulgation du Code Civil. Ainsi, la Cour de Bruxelles (française), par un arrêt rendu le 29 août 1811 (1), dans une affaire Perdrizet contre Smith, refuse d'appliquer l'article 215 du Code Civil à une Anglaise poursuivie par un Français ; c'est, lui semble-t-il, un droit réservé aux femmes françaises ; les questions de jouissance des droits et de conflit de lois sont à peu près confondues. Par prudence, la Cour ajoute que la femme peut être autorisée de justice, sans qu'il y ait lieu d'entendre le mari.

En fait, d'ailleurs, la solution était certainement erronée, la femme anglaise, n'ayant à cette époque, aucune personnalité juridique.

C'est pourtant à une solution beaucoup moins satisfaisante encore que, successivement, la Cour de Paris et la Cour de Cassation aboutirent dans l'affaire Bonar contre d'Hervas (2). D'Hervas, espagnol, avait épousé une française; celle-ci devenue espagnole par son mariage, consentit une hypothèque sur un de ses immeubles situés en France, en garantie d'un emprunt contracté par son mari. La dette resta impayée, et le créancier poursuivit l'expropriation.

La débitrice lui opposa alors les dispositions de la loi Espagnole, qui prohibait l'« *intercessio pro marito* » suivant les termes du Sénatus-Consulte Velléen. La somme était d'importance — cent mille francs — et il pouvait paraître dur de fruster le créancier français. Néanmoins, le Tribunal de la Seine, appliquant la loi espagnole, prononça la nullité de l'engagement.

Mais la Cour de Paris, infirma cette décision, invoquant toute une série d'arguments différents : l'immeuble était situé en France, et l'on pouvait soutenir, que l'article

(1) S. 1812, 2, 264.

(2) Trib. civ. Seine, 4 juin 1829, Paris, 15 mars 1831, S. 1831, 2, 237 ; Cass. Civ. rej. 17 juillet 1833, S. 1833, 1, 663.

3, alinéa 2, s'appliquait. De même, le contrat avait été passé en France et la loi française intervenait comme *lex loci actus*. Surtout le créancier ignorait la loi étrangère, s'agissant d'une incapacité spéciale, inconnue du droit français. Enfin, dernier argument, dans l'ancien droit, cette incapacité Vellétienne était soumise à la loi du domicile actuel. Ce transport des solutions statutaires à l'hypothèse d'un conflit international n'est pas pour nous étonner, encore qu'il soit très contestable.

La Cour valida ainsi l'engagement et sur pourvoi, la Chambre Civile se contenta d'invoquer l'article 3, alinéa 2, et le silence de l'article 3 en ce qui concerne les étrangers.

En somme, ces deux décisions, si elles ont appliqué la loi française, n'ont ainsi décidé que parce qu'il s'agissait d'une incapacité spéciale (1) : le principe d'application de la loi nationale à l'incapacité générale n'était pas écarté.

Dix ans plus tard d'ailleurs, la Cour de Bastia (2) décidait que l'article 215 du Code Civil ne s'applique pas à une femme sarde. « On ignore, dit l'arrêt, si elle est mariée, et, en admettant qu'elle le soit, on ignore si elle est incapable d'après les lois de son pays ». D'ailleurs, dans le cas où elle le serait, « l'autorisation de la justice française pourrait toujours suppléer à l'autorisation du mari étranger qui ne réside pas en France ».

Une courte note, au Dalloz, signale que dans l'esprit de la Cour, les art. 215 et suivants ne s'appliquent pas aux femmes étrangères parce qu'ils établissent un droit civil réservé aux seules femmes françaises. C'est toujours la même confusion entre la question de jouissance des droits civils et celles du conflit des lois. Quant à cette loi étrangère, reconnue implicitement applicable, la Cour dédaigne de s'informer de ces dispositions, elle présume même ce qui est fort hasardé, que la femme étrangère est capable (3). Néanmoins, la distinction est faite entre la loi française et

(1) V. ci-dessous, II^e Partie, p. 173 s.

(2) Bastia, 16 février 1844, S. 1844, 2, 663, D. P. 1844, 2, 63.

(3) V. plus loin, II^e Partie, p. 132 s.

la loi étrangère, et dès l'instant où celle-ci sera connue on l'appliquera, semble-t-il, sans difficulté. Tel est bien le sens d'un certain nombre de décisions, rendues postérieurement : les lois de capacité suivant l'étranger en France, la femme mariée anglaise est soumise à sa loi nationale (1). Même solution pour la femme mariée italienne qui fait en fait en France un don manuel sans autorisation matrimoniale : l'acte est déclaré valable, parce que, dans son contrat, de mariage, passé conformément à la loi italienne, la femme avait reçu de son mari une autorisation générale (2). Il en est de même pour les femmes mariées suisses (3). Une femme valaisane s'était obligée envers un Français, mais sans avoir obtenu l'autorisation requise par la loi de son Canton ; l'acte est déclaré nul. La capacité de la femme mariée portugaise (4) dépend également de sa loi nationale, et lorsqu'elle est séparée de biens, elle a la même capacité qu'une femme française, dans les termes de l'article 1449.

Le principe s'applique donc sans difficulté, mais encore faut-il que le juge français ait pu être renseigné sur le contenu de la loi étrangère. Sinon, l'incertitude reparaît : en 1844, la Cour de Bastia a présumé que la femme étrangère était capable ; la Cour de Dijon (5) décide de même, mais la Cour de Rennes (6) et la Cour de Paris (7) se prononcent en sens contraire. Nous retrouverons plus loin la question (8), mais signalons tout de suite que l'application

(1) Trib. civ. Seine, 6 août 1878, Cl. 1879, 62, Meux contre Erick.

(2) Trib. civ. Seine, 5 août 1881, Cl. 1882, 517, Paris 17 décembre 1883, Cl. 1884, 289, D. P. 1885, 2.117, Guisti contre Aubert.

(3) Chambéry, 9 janvier 1884, Cl. 1885, 180, D. P. 185, 2.279, Févat contre Chappaz.

(4) Paris, 14 novembre 1887, C. ; 1888, 790, Dame Négrao.

(5) Dijon, 21 juin 1900, Cl. 1910, 545 Mentzer contre Lécivain.

(6) Rennes, 7 février 1890, Cl. 1891, 209, Dame Picot.

(7) Paris, 6 février 1913, Rev. de D. I. P., 1913, 853, Dame de Péthion.

(8) V. ci-dessous, II^e Partie, p. 132 s.

de la loi étrangère comporte par là une certaine infériorité, d'ailleurs inévitable.

Mais, le plus souvent, les Tribunaux sont renseignés, et ils respectent la loi étrangère, même lorsqu'elle contient des prescriptions inconnues du droit français (1). A plus forte raison, lorsque la femme jouit, d'après sa loi nationale, d'une capacité plus étendue que celle de la femme française (2). Des décisions plus récentes ont encore appliqué le principe, pour une femme anglaise (3), une femme norvégienne (4), une femme roumaine (5).

Cette jurisprudence, abondante et variée, à laquelle il convient d'ajouter de nombreuses décisions qu'on retrouvera plus loin (6), est donc bien établie. Sans doute, le principe reçoit des exceptions, mais enfin, il se dégage avec assez de netteté.

Mais, ni les Tribunaux, ni les auteurs ne se préoccupent de préciser quelle est cette loi nationale, à laquelle est soumise la capacité civile de la femme mariée. A quoi bon, puisque les époux sont toujours de la même nationalité, du moins au début du mariage ? On ne semble même pas supposer qu'il puisse en être autrement (7).

(1) Chambéry, 10 avril 1895, D. P. 1896, 2, 524, Cass. Req. 29 décembre 1896, D. P. 1897, 1, 126, Guilois contre de Pateck (femme genevoise); Aix, 4 mars 1890, Cl. 1891 1202, dame Gougoltz (femme vaudoise); Paris, 16 novembre 1893, Cl. 1899, 364, Dame Capella (femme italienne), etc...

(2) Paris, 17 juin 1899 (3 arrêts), Cl. 1900, 138, époux Digley (femme anglaise).

(3) Trib. commerce de Boulogne-sur-Mer, 26 janvier 1927, Rev. de D. I. P., 1928, 691.

(4) Paris, 7 juillet 1928 (2 arrêts), Cl. 1929, 654, Cl. 1932, 373; Wille.

(5) Trib. civ. Seine, 18 décembre 1931, Cl. 1932, 947, Piétraru.

(6) V. ci-dessous, II^e Partie, p. 136 s.

(7) Voir un exemple significatif dans la thèse de M. Pic, du mariage en droit international et en droit comparé, Lyon, 1885, p. 182-207.

Aussi, la distinction n'est nullement faite entre la loi personnelle de la femme, et la loi qui gouverne les effets du mariage. Seule, une décision de la Cour de Paris est plus explicite (1) : elle applique à l'engagement d'une femme d'origine prussienne, mariée à un citoyen de Francfort, non pas la loi prussienne, mais le droit romain, qui forme le droit commun de l'Allemagne, et en particulier de la ville de Francfort, patrie du mari, qui, malgré son incorporation à la Prusse en 1866, avait conservé sa législation particulière : c'était faire prévaloir la loi du mari sur celle de la femme.

Cependant, les formules employées le plus souvent ne permettent pas de faire de telles distinctions : il fallait qu'on se trouvât en présence de circonstances particulières, comme, par exemple, dans l'espèce rapportée, une législation étrangère non unifiée.

La capacité est régie par la loi nationale, voilà la conclusion très générale, mais un peu imprécise, qu'on peut tirer de la jurisprudence et la doctrine.

C'était un premier point acquis, mais il devait bientôt devenir insuffisant, car le conflit allait surgir entre les lois personnelles des deux époux.

Ce qui devait rendre la solution particulièrement difficile, c'est l'incertitude du fondement assigné par le Code à l'incapacité de la femme mariée. En effet, nous l'avons déjà indiqué (2), les deux idées contradictoires de puissance maritale et de protection de la femme, la première, conduisant à l'application de la loi du mari, la seconde, au contraire, entraînant la compétence de la loi de la femme, s'y retrouvent sans cesse mêlées. Il en résulte une certaine confusion, car, à la vérité, les deux solutions peuvent se défendre, du moins si l'on reste sur le terrain de l'incapacité proprement dite.

Aussi, croyons-nous qu'il devient nécessaire de faire appel à une idée différente, celle de l'unité et de la stabi-

(1) Paris, 8 avril 1880, Cl. 1880, 477, Haymann contre Mayer.

(2) V. ci-dessus, Introduction, p. 6-7.

lité des effets du mariage, qui conduirait à l'application de la loi nationale du mari. Ce n'est là qu'une indication, car, si sur le terrain juridique, on peut difficilement hésiter, la solution peut changer complètement, sous l'influence d'idées toute différentes.

On va voir comment cette évolution s'est produite, et quelles conséquences elles paraît devoir entraîner.

CHAPITRE II

Le conflit des lois personnelles : La femme ne prend pas la nationalité de son mari

Le principe d'indépendance de nationalité de la femme mariée s'est dégagée dans notre droit en deux temps. Il apparaît tout d'abord comme exceptionnel (Section I), puis, à une époque récente, il est définitivement consacré (Section II).

SECTION I

AVANT LA LOI DE 1927

La première brèche apportée au principe de l'unité de nationalité des époux, au début du mariage, devait résulter de la loi du 26 juin 1889, modifiant le régime de la nationalité française.

L'article 12 attribue toujours à l'étrangère qui épouse un Français la nationalité de celui-ci, mais l'article 19 nouveau décide que la Française qui épouse un étranger n'acquiert la nationalité de son mari que si la loi nationale de ce dernier la lui confère. Au cas contraire, elle reste Française, la disposition se justifiant par le souci d'éviter que, par son mariage avec un étranger dont la loi ne lui attribuait pas la nationalité de son mari, la Française ne devint heimathlos perdant au regard de la loi française toute nationalité.

Mais la possibilité d'un conflit s'est introduite désormais dans notre droit international privé. C'est une conséquence qui n'avait pas échappé à la doctrine (1).

La règle nouvelle n'est pas acceptée sans critiques, mais, malgré tout, l'hypothèse reste rare et le conflit peut se résoudre sur le terrain purement juridique : les auteurs qui se préoccupent d'apporter une solution au conflit des lois personnelles (2) appliquent généralement la loi nationale du mari, qu'il s'agisse des effets personnels du mariage, ou plus spécialement de l'incapacité de la femme mariée (3) pour des raisons qui ne sont pas sans valeur ; le mari est le chef de l'association conjugale, son autorité — quoique déjà sérieusement entamée — n'en subsiste pas moins en principe ; on ne concevrait pas qu'il puisse être soumis à une autre loi personnelle que la sienne. D'autre part, le principe de l'application d'une loi unique, qui garde toute sa valeur théorique et pratique s'oppose à l'intervention conjuguée de la loi nationale respective de chaque époux, qu'on les applique distributivement, on cumulativement (4).

C'est d'ailleurs la période florissante des conférences et des conventions internationales, et elles se prononcent toutes en faveur de l'application de la loi nationale du

(1) V. Gruffy, De l'unité de nationalité dans la famille, thèse, Paris 1893 ; Cauwès, Des rapports du mariage avec la nationalité, thèse Paris, 1900.

(2) V. Champcommunal, Le conflit des lois personnelles, Rev. de D. I. P. 1909, p. 536 s., 1910, p. 57 s.

(3) Pillet, Traité, t. I, p. 587 ; Weiss, Traité, t. III, p. 516 s. ; Despagnet, Précis, 5^e édit., par de Boeck, n° 297 ; Rolin, Principes, t. II, n° 586 ; Guillot, op. cit., p. 252 s.

(4) V. cep. Pillet, Essai d'un système général de solution des conflits de lois, Cl. 1895, p. 500 s., 508, au moins pour les contrats entre époux ; cf. Champcommunal, Rev. de D. I. P. 1910, p. 59 ; Surville, Le conflit des lois personnelles, Cl. 1912, p. 20.

mari, au jour du mariage (1). Mais pour plusieurs raisons, leur autorité ne pourrait être invoquée ici ; tout d'abord, elles ne prévoient pas d'hypothèse étudiée, mais celle où les deux époux étant de même nationalité par la suite. De plus, on n'avait jamais pu aboutir à un accord quelconque sur la capacité de la femme mariée (2). Enfin, ces conventions ont été dénoncées par la France (3).

C'est néanmoins à cette opinion qu'il convenait alors de se rallier, parce qu'elle est la plus rationnelle et a plus logique (4), non pas à cause du fondement même de l'incapacité, mais, plus généralement, parce que le mari est le chef du ménage.

Cependant, certains auteurs, se fondant sur la nécessité d'assurer à la femme la protection établie par sa loi nationale, préfèrent appliquer cette loi (5). Mais cette opinion, qui n'a d'ailleurs rencontré que peu de suffrages, ne tient pas suffisamment compte de l'influence incontestable qu'exerce la puissance maritale sur l'institution.

M. Champcommunal (6) proposait comme criterium général le caractère du rapport de droit en litige, dont la qualification est naturellement fournie par la *lex fori*. En conséquence, il appliquait à l'incapacité de la femme mariée, la loi du mari, car il lui semblait que notre

(1) Institut de Dr. Int., session de Lausanne, 1888, Art. 10 et 11 du règlement (Annuaire, t. IX, p. 75); 2^e conférence de la Haye, 1894, Protocole final, effets du mariage, art. 1^{er} (Cl. 1895, p. 198).

(2) 4^e Confér., qui aboutit à la Convention du 17 juillet 1905; v. Lainé, Cl. 1907, 899; Missir, Rev. de D. I. P. 1906, 49 s.; Guillot, op. cit., p. 271 s.

(3) Le 5 décembre 1916, pour prendre effet le 23 août 1917.

(4) Audinet, Cl. 1930, 323.

(5) Houot, op. cit., p. 85; Surville, Cours élém., n° 296, et Cl. 1912, 19; Audinet, Principes, 2^e éd., n° 554. Cet auteur s'est rallié depuis à l'opinion contraire: Recueil des Cours de l'Académie de D. I., 1926, t. I, p. 216.

(6) Rev. de D. I. P., 1909, 543-544.

Le système est fondé surtout sur la nécessité d'assurer le respect des prérogatives du mari (1).

Il rejetait tout autre critérium, en particulier celui de l'intérêt de la partie la plus directement en cause (2), ce intérêt étant, la plupart du temps, impossible à discerner ; et en vérité le mari est tout aussi intéressé que sa femme au sort et aux conséquences des actes qu'elle passe, puisque dans notre droit chacun d'eux peut agir en nullité.

Cependant, l'idée a été reprise (3) mais en attribuant à cet intérêt un caractère juridique et non économique. On voit d'ailleurs assez mal comment on peut distinguer les deux caractères. Quoiqu'il en soit, en conséquence de l'idée, c'est la loi la plus restrictive de la liberté de la femme, qui détermine le fondement de l'incapacité. Si elle la considère comme une institution de protection, on appliquera la loi de la femme. Si elle en fait une dépendance de la puissance maritale, on pourrait hésiter davantage, mais finalement, c'est encore l'intérêt de la femme qui l'emporte, aussi bien sur celui du mari que sur ceux de la famille en général. On appliquera donc également la loi de la femme. En somme, le système est ingénieux, mais il est un peu arbitraire et même paradoxal : si le fondement de l'institution, par exemple, est fourni par la loi du mari, plus restrictive, par hypothèse, de la liberté de la femme, c'est en vertu de cette loi même qu'on appliquera la loi de la femme. De plus, l'analyse est finalement inutile, puisque, dans tous les cas, on applique la loi de la femme.

Le conflit lui paraissant juridiquement insoluble, M. de Vareilles-Sommières appliquait la *lex fori* (4). Il

(1) Rev. de D. I. P., 1910, 50 ; il reconnaît d'ailleurs que le fondement du système est bien difficile à dégager.

(2) Ibid., 58.

(3) Calbairac, La nationalité de la femme mariée, thèse, Toulouse, 1926, p. 274 s.

(4) La Synthèse, t. II, p. 153-157 ; cf. Demangeat, Histoire de la condition des étrangers, p. 361.

exprimait avec sa vivacité coutumière une idée dont le bon sens, un peu étroit, n'en est pas moins incontestable, du moins lorsque la loi française se trouve en conflit avec la loi étrangère : « Il n'est pas admissible que notre législateur puisse condescendre envers les lois étrangères jusqu'à leur soumettre des Français. Il leur fait déjà une concession très large en les autorisant à suivre leurs sujets en France; ce serait une inconcevable générosité que de leur permettre d'y prendre possession de nos nationaux eux-mêmes. La courtoisie, à ce degré changerait de nom, elle deviendrait un manque de dignité. Dans cette situation en particulier l'autorité maritale, est réglée en France par la loi française. Est-ce le mari qui est Français, la femme fût-elle capable d'après sa loi nationale, les actes faits par elle sans autorisation peuvent être annulés par nos tribunaux sur la demande du mari. Le statut personnel de la femme produira pourtant un effet : elle ne pourra demander elle-même la nullité. Ce droit est en effet étranger aux rapports du mari et de la femme. Est-ce la femme qui est française ? Elle pourra attaquer les actes consentis par elle sans autorisation. Son mari le pourra aussi, même s'il appartient à un pays où les femmes sont pleinement capables, car ce droit fait partie intégrante de la puissance maritale telles que nos lois l'organisent et qu'elle doit gouverner une femme française. »

Le conflit entre les deux lois personnelles étrangères est pareillement tranché par l'application de la *lex fori*. C'est, selon M. de Vareilles-Sommières, le seul parti qui ne soit pas arbitraire.

Cette solution est évidemment toute empreinte de courtoisie et de territorialité, et de plus elle esquivé le conflit, elle ne le résoud pas, et cependant malgré la force de toutes ces objections, elle se défend parfaitement, du moins pour le cas où la loi française se trouve en conflit avec une loi étrangère. Mais pour arriver là (1), il faut faire intervenir un élément nouveau, qui n'était jusque là

(1) C'est la solution du projet qui sera étudié plus loin.

jamais apparu, l'élément politique, c'est-à-dire l'intérêt de la nationalité française.

La discussion reste en effet sur le terrain juridique et même doctrinal ; la jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se prononcer (1), du moins sur le type de conflit que nous étudions actuellement.

Avec la loi de 1927, au contraire, on allait voir apparaître cet élément politique, qui allait même s'imposer avec une telle force que dans un avenir proche notre législation pourra s'en trouver profondément modifiée.

SECTION II

LA LOI DU 10 AOUT 1927 ET SES CONSÉQUENCES : LE PROJET DE LA SOCIÉTÉ D'ETUDES LÉGISLATIVES

§ I. La loi du 10 août 1927 (2)

La guerre de 1914-1918 devait aggraver dans des proportions extrêmement inquiétantes, la situation démographique déjà peu brillante de notre pays. La main-d'œuvre étrangère vint remplacer celle qu'on ne pouvait plus recruter qu'insuffisamment parmi les nationaux, et de nombreux immigrants vinrent se fixer en France, soit avec leur famille, soit seuls ; dans ce dernier cas, ils épousèrent fréquemment des françaises, fondant ainsi, sur le territoire français, une famille qui échappait à l'emprise de la nationalité française, soit définitivement (3), soit conditionnellement (4) sauf, bien entendu, naturalisation postérieure.

(1) Même encore à l'heure actuelle.

(2) V. Louis-Lucas, *La nationalité française*, Paris, 1929.

(3) Les époux (article 12 ancien du Code Civil).

(4) Les enfants (article 8, 3^e, du Code Civil, loi du 22 juillet 1893).

On a alors pensé à faire entrer dans la nationalité française la plus grande partie possible de ces éléments étrangers installés définitivement sur notre territoire. C'est essentiellement le but de la loi du 10 août 1927, qui n'est qu'une première mesure de défense prise par la France dans cet ordre d'idées.

La situation actuelle doit-elle se prolonger, ou bien la France n'est-elle que provisoirement devenue un pays d'immigration (1) ? Celle-ci s'est aujourd'hui fort ralentie, mais il y a bonnes raisons de penser que ce n'est pas passagèrement : notre pays, étant donné sa faible natalité, et le chiffre relativement peu élevé de sa population, restera probablement le déversoir des pays surpeuplés de l'Europe, et il attirera toujours un grand nombre d'étrangers par les facilités de vie qui leur sont offertes, du moins en période normale.

En tout cas, il y a suffisamment d'étrangers en France, même sans apports nouveaux, pour penser que la situation et par conséquent la législation actuelles, dureront de longues années encore.

A côté de ces considérations purement politiques, la loi de 1927 a peut-être été influencée par les idées féministes ; mais elles n'ont certainement joué qu'un rôle secondaire, ainsi que nous le verrons plus loin.

Quoiqu'il en soit, elle a profondément innové en la matière : aujourd'hui, la femme mariée garde en principe, sa nationalité d'origine. Il en est ainsi pour l'étrangère qui épouse un Français, comme pour la Française mariée à un étranger.

C'est ce que décide l'article 8 : « La femme étrangère qui épouse un Français n'acquiert la qualité de française que sur sa demande expresse, ou si, en conformité des dispositions de la loi nationale, elle suit nécessairement la condition de son mari ».

« La femme française qui épouse un étranger conserve la nationalité française à moins qu'elle ne réclame expres-

(1) M. Martin semble de cet avis : *Principes*, § 288, t. II, p. 200.

sémmement vouloir acquérir, en conformité des dispositions de la loi nationale du mari la nationalité de ce dernier. »

« Elle perd la qualité de française, si les époux fixent leur premier domicile hors de la France, après la célébration du mariage et si la femme acquiert nécessairement la nationalité du mari en vertu de la loi nationale de ce dernier ».

L'alinéa premier établit une règle de réciprocité commandée par la probité diplomatique et juridique. Mais sa portée pratique est beaucoup plus restreinte que celles des deux alinéas suivants ; en effet, la plupart du temps, la femme étrangère suivra, d'après sa loi nationale, la nationalité de son mari français ; les législations qui ont imposé le principe de l'indépendance de la femme mariée au point de vue de sa nationalité sont peu nombreuses (1). De plus, la loi a surtout eu en vue les Françaises qui épousaient, en France, des étrangers qui s'y sont fixés.

L'article 8 fait partie d'un ensemble de mesures destinées à retenir et à intégrer dans la nationalité française le plus grand nombre possible de ressortissants : le mari étranger de la femme restée française peut être nationalisé après une année seulement de résidence ininterrompue en France (2). Leurs enfants légitimes, s'ils sont nés en France sont français définitivement (3). S'ils sont nés à l'étranger, ils peuvent être naturalisés par un simple décret lorsqu'ils se sont fixés en France (4).

Mais, au point de vue qui nous intéresse, la conséquence essentielle de la loi est l'installation définitive dans notre législation du ménage à nationalités différentes. C'est un point que la loi n'a pas réglé, et elle n'avait pas à le faire. Mais la Chambre des Députés, quelque temps aupa-

(1) On peut citer les Etats-Unis d'Amérique, l'U .R. S. S., la Belgique. V. Calbairac, Thèse, p. 225 s.

(2) Article 6, alinéa 2 de la loi de 1927.

(3) Article 1^{er}, alinéa 3.

(4) Article 6, alinéa 2.

ravant (1) avait voté, avec la loi sur la nationalité, un texte caractéristique, ajoutant à l'article 3 du Code Civil un alinéa 4 ainsi conçu :

« Les effets du mariage, dans les rapports des époux, qui sont de nationalités différentes, sont régis par la loi française ;

1° En ce qui concerne les droits et devoirs réciproques des époux, soit si le mari est étranger et la femme française quand, dans ce dernier cas, ils ont leur domicile en France.

2° En ce qui concerne les biens des époux, soit si le mari est français, soit si le mari est étranger et la femme française, et s'ils ont dans ce dernier cas établi leur domicile en France lors de la célébration du mariage.

Ce texte, un peu long, était évidemment déplacé (2) au milieu des dispositions sur la nationalité. Aussi fut-il rejeté par le Sénat (3). Mais il est significatif de l'esprit de la réforme, et surtout il montre très bien l'évolution qui s'était produite dans les idées des praticiens. Il avait été, en effet, inséré sur les instances du Ministère des Affaires Etrangères. C'est pourquoi il garde toute sa valeur, et l'on ne peut le tenir pour une tentative sans lendemain. Inévitablement, le principe nouveau posé par la loi de 1927 devra être complété par des dispositions nouvelles de conflits. Il faut que la loi française puisse conserver ou saisir dans son application tous les français ou futurs français établis en France. Ce sera une excellente préparation à leur conservation, ou à leur acquisition de la nationalité française.

Toutes ces raisons, qui valent pour les effets personnels du mariage en général, ne se conçoivent pas moins bien pour la condition juridique de la femme qui constitue toujours, que la femme soit capable ou non, une des pièces

(1) Le 10 avril 1924, J. O., 10 avril 1924, Déb. parl. Ch. des Députés, p. 207 ; Cf. Niboyet, Rev. de D. I. P., 1924, p. 312 s. ; Calbairac, thèse, p. 29 s.

(2) V. les critiques présentées par M. Niboyet, Rev. de D. I. P., 1924, 312 s.

(3) Mais uniquement pour des raisons de forme.

maîtresses de l'organisation familiale. Mais, dira-t-on, ces françaises auxquelles la loi de leur mari attribue peut-être pleine capacité, vont ainsi perdre le bénéfice de ces dispositions libérales, et seront soumises aux prescriptions périmées de notre Code. C'est un argument volontiers développé par des féministes. Mais outre qu'il s'agit ici d'un principe, et que le contenu de la loi française n'est pas en question, on peut faire observer que, si l'incapacité disparaît, les femmes restées françaises seront au contraire très favorisées. D'ailleurs si le système actuel a des inconvénients certains, il a aussi des avantages, et les femmes françaises ne semblent guère se soucier de leur condition juridique. La meilleure preuve en est fournie par le peu de succès qu'a obtenu la loi de 1907, et surtout par la disparition des projets qui accordaient à la femme sa pleine capacité.

De plus, l'incapacité est en liaison étroite avec le régime matrimonial, et celui-ci est généralement soumis par la jurisprudence, à la loi du domicile matrimonial, qui sera le plus souvent la loi française. C'est une question que nous n'étudierons pas, mais il faut signaler ici le grand intérêt théorique et pratique qu'il y aurait à soumettre les deux institutions à une seule et même loi. C'est la disparition de difficultés embarrassantes parfois même d'anomalies qui se présentent lorsque les deux matières relèvent de lois différentes (1).

Telles sont les conséquences que la loi de 1927 entraîne inévitablement, sur le plan du conflit des lois, même pour la condition de la femme mariée. Il n'est donc pas excessif de parler d'un élément politique, à côté d'éléments juridiques qui semblent pourtant davantage de mise dans la question.

C'est pourquoi il paraît très difficile de maintenir encore la compétence de la loi nationale du mari, au moins lorsque la femme est française.

La question ne s'est pas posée dans ces conditions devant la jurisprudence, mais le Tribunal de la Seine a eu

(1) V. plus loin, II^e partie, p. 181 s.

tout récemment à se prononcer (1), sur un litige entre une femme française et son mari américain, qui mettait en jeu non pas l'incapacité elle-même, mais la puissance maritale. Le tribunal a bien appliqué la loi française, mais en vertu de l'ordre public. Nous retrouverons d'ailleurs la question au cours de cette étude (2).

Lorsqu'au contraire les deux époux sont étrangers, mais chacun ayant une nationalité différente, l'élément politique disparaît. Il ne reste plus alors que la nécessité de maintenir un statut matrimonial commun.

Si l'on applique la loi nationale du mari, règle rationnelle, qui correspond approximativement à notre conception en droit privé interne, des rapports des familles (3), on s'expose à rompre l'harmonie de notre système de conflits. Le Droit International Privé devient ainsi un instrument politique, dans la lutte contre les nations, sous quelque forme qu'elle se poursuive. C'est une objection certaine, mais il n'y a aucune raison de se décider autrement, du moins si l'on reste sur le terrain de la loi nationale. Il convient dans ce cas, ce qui reste de l'ancienne règle d'unité du statut matrimonial (4).

§ 2. *Le projet de la Société d'Etudes Législatives* (5)

La Société d'Etudes Législatives a préparé tout récem-

(1) Trib. civ. Seine, 30 avril 1930, Cl. 1930, 966, Morris contre Dufrenne et Varna.

(2) V. ci-dessous, II^e partie, p. 264 s.

(3) Lerebours-Pigeonnière, Précis, n° 346, Bartin, Principes, § 289, t. II, p. 204 et § 294, t. II, p. 219.

(4) Le projet de la Société d'Etudes Législatives a laissé de côté la question.

(5) Projet de loi sur le statut des Français en pays étrangers et le statut des étrangers en France (art. 3, 11, 13, 17 à 27, 102 et 108 du Code Civil). Bulletin de la Société d'Etudes Législatives, année 1928, p. 319 à 341, rapport de M. Niboyet, 1928, p. 344 à 375, année 1930, p. 75 à 153, p. 1616 à 170, discussion générale, et p. 175 à 177, texte définitif.

ment un projet qui se présente comme le complément nécessaire de la loi de 1929. Il remanie profondément et complète sur un grand nombre de points les dispositions très insuffisantes du Code Civil, mais il ne fait qu'apporter à quelques problèmes des solutions précises. C'est donc une œuvre fragmentaire, mais néanmoins ses dispositions débordent du cadre du statut personnel : condition des étrangers, compétence, domicile, statut personnel, régime matrimonial, telles sont les matières traitées.

Dans son rapport, M. Niboyet, invoquant à juste titre la situation de la France, devenue un grand pays d'immigration, démontre l'urgence d'une réforme ; en particulier « l'exemple de la femme mariée est tout à fait caractéristique à cet égard. Si celle-ci peut conserver sa nationalité et par là même ne pas être perdue pour son pays d'origine, il faut donc également qu'elle puisse continuer à se prévaloir du bénéfice de ses lois (1).

Il nous faut, avant d'entrer dans l'examen des textes qui concernent le statut personnel, et plus spécialement les rapports des époux, dire un mot des dispositions du projet en ce qui concerne le domicile. Elles sont très importantes et très originales. Leur nécessité s'imposait d'ailleurs pour plusieurs raisons ; outre que la loi de 1927 avait supprimé l'admission à domicile des étrangers en France (2), il fallait préciser la notion du domicile des étrangers en France, parce que le projet établit dans une certaine mesure, la compétence de la loi du domicile comme loi personnelle. De plus, la femme mariée étant domiciliée chez son mari (3) il fallait mettre la règle en harmonie, le principe nouveau de l'indépendance de nationalité établi par la loi de 1927.

Le droit du domicile est donc reconnu aux étrangers (4). Ils devront réunir et prouver les éléments que suppose

(1) Bulletin 1928, p. 320.

(2) Ancien article 13 du Code Civil.

(3) Article 108 du Code Civil.

(4) Article 12 projeté du Code Civil.

l'article 102 du Code Civil ; l'intention et la principale habitation, mais certaines circonstances entraîneront une présomption irréfragable, lorsque l'étranger établi en France ne peut rapporter la preuve de son intention ; ainsi une résidence de trois ans au moins, jointe à une exploitation commerciale ou agricole, à un industrie ou à un emploi salarié ou à toute autre activité professionnelle (1).

Cette disposition est peut-être un peu rigoureuse, mais elle a l'avantage de couper court à des discussions souvent épineuses. De plus, tenir compte de l'intention dans la détermination du domicile des étrangers en France, c'est subordonner à leur volonté la loi française, lorsqu'elle découle du domicile (2). Cela était impossible à admettre (3).

D'autre part, la femme mariée reste en principe domiciliée chez son mari. C'est ce que décide l'article 12 projeté, 4° pour la femme mariée étrangère dont le mari est domicilié en France, mais la femme française mariée à un étranger qui n'a pas de domicile en France, pourra y avoir elle-même son domicile, si elle remplit les conditions des articles 102 à 105 du Code Civil (4).

C'est, dans un cas particulier, l'indépendance de domicile reconnue à la femme mariée, mais uniquement dans l'intérêt de l'application de la loi française. La disposition ne s'inspire d'aucune idée féministe, cela est évident. Cette remarque caractérise donc très nettement l'esprit du projet, qui, comme nous allons le voir, fait prévaloir les préoccupations politiques, au point de leur sacrifier parfois certains principes qui paraissaient jusqu'à présent fermement établis.

Le projet emploie deux procédés pour soumettre à la loi française des dispositions de statut personnel qui relèvent normalement de la loi nationale. Dans le premier, celle-ci est complètement écartée. Dans le second, c'est la loi fran-

(1) Article 12, projeté du Code Civil.

(2) Articles 20, 27 projetés.

(3) Bulletin 1928, p. 326.

(4) Article 108, al. 1 projeté.

çaise qui prévaut sur la loi étrangère, dans le conflit des lois nationales.

Ce régime profondément nouveau est établi par les articles 18 et 19 projetés du Code Civil.

L'article 18 serait ainsi conçu : « Esu valable tout acte passé, en France conformément aux dispositions de la loi française ».

« Cette disposition ne s'applique pas aux actes concernant le mariage, la reconnaissance d'enfant naturel, l'adoption, et d'une manière générale, l'état des personnes. »

Il y a de bonnes raisons pour penser que la formule très générale de l'alinéa 1^{er} vise entre autres les actes passés par une femme mariée étrangère en France. Ainsi, M Niboyet, rapporteur, cite (1) avec d'autres décisions l'arrêt de la Chambre Civile intervenu dans l'affaire de Graffenried (2) précisément sur une question de capacité de la femme mariée, et fait ressortir que la solution proposée n'est pas nouvelle. Mais si cette interprétation est permise, il convient de remarquer que, dans l'état actuel de notre législation, l'application de la loi française, plus restrictive que la plupart des lois étrangères, ne se concevrait pas fréquemment (3).

Nous retrouverons d'ailleurs la question dans le cours de cette étude (4).

Mais il convenait de signaler dès maintenant cette règle nouvelle à cause de sa généralité ; elle ramène en réalité la question à la compétence pure et simple de la *lex loci contractus*, dans le cas du moins où l'acte de l'étranger serait nul d'après sa loi nationale mais valable d'après la loi française.

(1) Bulletin 1930, p. 97, V. encore, la discussion de l'avant-projet, Bulletin 1928, p. 357.

(2) Cass. Civ. 23 Févr. 1891, D. P. 1892, 1.29.

(3) Cependant, on peut l'envisager pour le cas d'une femme anglaise mariée sous le régime du trust, ou pour des actes concernant les biens réservés de la femme, et encore pour une femme séparée de corps.

(4) V. H^e partie, p. 243 s.

La disposition capitale est celle de l'article 19 projeté : « Les effets du mariage, indépendamment du régime matrimonial, le divorce et la séparation de corps sont soumis à la loi française, à l'égard des deux époux, lorsque l'un des époux est Français ». Le texte primitif portait : « Les effets du mariage, dans les rapports personnels des époux sont soumis... » (1).

En dehors de l'influence exercée par l'arrêt rendu par la Cour de Cassation dans l'affaire de Ferrari (2), qui concerne d'ailleurs le divorce et la séparation de corps d'une femme réintégrée dans la nationalité française (3), le texte est la conséquence directe et nécessaire de la loi du 1927 ; il s'applique évidemment à la condition de la femme ainsi qu'il ressort des discussions auxquelles il a donné lieu (4).

Le conflit des lois personnelles est ainsi tranché par l'application de la loi française à titre de loi nationale des époux, lorsque l'un d'eux, le mari ou la femme, est français. Il n'y a pas eu de réserves en ce qui concerne le domicile (5). On se souvient que le texte voté par la Chambre en 1924 (6) avait spécifié que la règle n'était applicable qu'au cas où les époux étaient domiciliés en France. Mais, en fait, la portée d'application du texte sera la même, car la solution qu'il consacre a peu de chance d'être respectée à l'étranger, et plus particulièrement dans l'Etat dont l'époux étranger est le ressortissant, que la question se pose directement devant ses tribunaux, a seulement dans une

(1) La formule nouvelle, plus précise, a été suggérée par M. Bartin : Bulletin 1930, p. 108.

(2) Cass. Civ. 6 juillet 1922, Cl. 1922, 714.

(3) V. ci-dessous, p. 79 s.

(4) Bulletin 1928, p. 362, Bulletin 1930, p. 107-108.

(5) Cependant l'art. 19 de l'avant-projet discuté le 24 Novembre 1928 (Bulletin 1928, p. 365) soumettant les effets du ménage à la loi française. 1° lorsque le mari est français, 2° lorsque la femme est française et réside habituellement en France. Cette disposition disparut par la suite (p. 371).

(6) Ci-dessus, p. 55.

instance en exequatur d'une décision française. De plus, l'esprit des deux textes est exactement le même : c'est seulement pour le cas où les tribunaux français auraient à connaître à l'étranger, que leurs solutions diffèrent, celle de l'article 19 projeté étant plus large encore dans le sens de l'application de la loi française. Ce dernier cas, d'ailleurs serait certainement assez rare en pratique.

Lorsque les deux époux sont étrangers, la loi nationale, plus précisément la loi nationale du mari, dans le système suivi par la plupart des auteurs, continuerait à s'appliquer. Mais ce n'est qu'une proposition, le projet a laissé intentionnellement la question de côté (1), de sorte que les interprètes sont encore entièrement libres.

A côté des dispositions concernant le statut personnel des époux, le projet prévoit la soumission du régime national des époux mariés sans contrat à la loi française, lorsque les époux fixent leur domicile en France, immédiatement après le mariage (2) ; c'est le retour au principe formulé par Dumoulin (3), et en même temps la consécration et surtout la simplification du principe de l'autonomie de la volonté, qui est celui de la jurisprudence. Cette disposition se présente comme une victoire de la loi du domicile sur la loi nationale ; la stabilité et la permanence qui faisaient tous ses avantages et qu'elle a perdues en partie, passent ainsi de la loi nationale à la loi du domicile.

D'autre part, les dispositions de l'article 20, complètent très heureusement l'article 19, au point de vue de la capacité de la femme. En effet, les conflits qui pourraient surgir entre la loi personnelle et la loi qui gouverne le régime matrimonial sont pratiquement supprimés lorsque les époux dont l'un est français se sont fixés en France.

Les articles 21 et 26 organisent la soumission à la loi française du régime matrimonial légal du conventionnel

(1) Rapport, Bulletin 1928, p. 332.

(2) Article 20 projeté.

(3) V. ci-dessus, Chap. Prélim., p. 24, p. 31.

des époux qui deviennent français, ou dont l'un seulement acquiert la nationalité française de son conjoint. Les droits acquis aux tiers et la validité des actes accomplis régulièrement par les époux sont réservés. Ainsi, à la naturalisation française des époux, ou de celui d'entre eux qui n'est pas encore français, correspond la francisation de leur régime matrimonial. Il suffit de signaler ces dispositions, d'une extrême importance pratique, et qui sont le complément indispensable de l'article 20.

L'unité du statut matrimonial, aussi bien pour les effets personnels que pour les effets pécuniaires du mariage, est donc rétablie au profit de la loi française. C'est le caractère essentiel du projet, qui revêt ainsi une apparence de réaction nationaliste et même territorialiste qui aurait fort réjoui M. de Vareilles-Sommières.

Mais, quoiqu'en dise le rapport (1), il modifie profondément les principes, et surtout il marque un recul certain dans la voie de l'unification du Droit International Privé.

Le caractère national et nécessairement particulariste des règles de conflits s'affirme ainsi de plus en plus, avec le développement du Droit International. Cette constatation ne peut décevoir que ceux qui ont conçu sur le point des illusions que les faits démentent quotidiennement.

La jurisprudence n'a d'ailleurs jamais varié sur ce point : son nationalisme s'est affirmé à maintes reprises ; il ne fait aucun doute que c'est la solution du projet qu'elle consacrerait, si elle avait un jour à connaître du conflit. Cette tendance nous paraît justifiée, sauf certaines réserves, cependant, que nous préciserons.

Mais, dans les limites où s'est maintenu le projet, il convient de l'approuver entièrement, d'autant plus qu'il est l'œuvre des théoriciens, tout autant que des praticiens et des magistrats.

Il semble même que ses dispositions ne sont qu'un acheminement vers une transformation encore plus radicale de notre système de conflits ; tout au moins, leur ca-

(1) Bulletin 1928, p. 339.

ractère transactionnel et fragmentaire le laisse supposer. Sous le principe, encore maintenu en apparence, de la loi nationale, il n'est pas difficile d'apercevoir les progrès qu'a faits l'idée d'adopter la loi du domicile comme loi personnelle.

L'étude des conflits mobiles ne fera, comme on va le voir, que confirmer cette opinion.

CHAPITRE III

La permanence du Statut matrimonial : les conflits mobiles

Alors que le principe d'unité du statut matrimonial s'est maintenu jusqu'à une époque récente, le principe de permanence ne s'est jamais appliqué rigoureusement. En effet, si l'indépendance de nationalité de la femme au début du mariage est une idée nouvelle, encore peu répandue, le changement de nationalité des époux ou seulement de l'un d'eux au cours du mariage a toujours été admis, dès 1804 (1).

Dans ce cas, quelles que soient les conditions dans lesquelles cette naturalisation intervienne, il se pose un conflit de lois dans l'espace, compliqué d'un conflit de lois dans le temps, par suite de la soumission successive des époux ou de l'un d'eux à deux ou plusieurs législations différentes, dont chacune a des titres d'application : c'est le conflit mobile.

Ici encore, on retrouve, s'imposant avec la même force, la nécessité de soumettre les rapports des époux à la loi unique, et les considérations politiques, qui plus particulièrement au point de vue français peuvent le faire, mettre de côté. Ce n'est donc qu'un autre aspect du problème, mais il est singulièrement plus compliqué à cause du grand nombre et de la variété des conditions dans lesquelles le conflit peut pratiquement se produire.

(1) Le Code admettait même le principe des effets individuels de la naturalisation. Il a subi depuis des restrictions : v. art. 12, 2° du Code Civil (loi du 26 Juin 1889) et art. 7 de la loi du 10 août 1927.

Tout d'abord les époux peuvent être de même nationalité, et une naturalisation, soit individuelle, soit double, soit encore simultanée, ou successive, dans un pays semblable ou différent, pourra intervenir pendant le mariage. De même, la femme peut obtenir la réintégration dans sa nationalité originaire, que le mariage lui a fait perdre.

D'autre part, si les époux sont de nationalités différentes dès le mariage, la naturalisation peut leur faire acquérir une même nationalité, soit celle de l'un d'eux, soit une troisième, différente de leurs deux nationalités originaires ; mais par l'effet de la naturalisation, la diversité de nationalités des époux peut également être maintenue.

Toutes ces hypothèses n'ont rien de théorique. Si évidemment la question offre de l'intérêt surtout pour le divorce et la séparation de corps, il n'en reste pas moins qu'elle peut se poser aussi pour la capacité de la femme.

Dans ces diverses situations, il y a lieu de se poser la question de savoir si le projet étudié précédemment doit être considéré comme applicable. Le caractère général et même imprécis de l'article 19 projeté du Code Civil ne résoud pas la question. Il faudra donc l'étudier de près dans une section spéciale.

Enfin à côté de la naturalisation limitée, quelles que soient les circonstances dans lesquelles elle intervienne, aux deux époux, ou à l'un d'eux, et qui n'entraîne qu'un changement de souveraineté restreint à leurs personnes, on trouve le cas tout à fait analogue de l'annexion de territoire (1), qui présente d'ailleurs des caractères particuliers le changement de nationalité, et plus généralement de souveraineté qu'entraîne l'annexion est impératif et il s'étend collectivement à un grand nombre d'individus. Doit-on le considérer comme un conflit international véritable ? Certes, il y a des différences entre la naturalisation propre-

(1) Savoie et Nice en 1860. Alsace et Lorraine en 1871, et leur récupération en 1914-1918. Il existe une abondante jurisprudence sur les conflits d'annexion qui se sont présentés dans les trois situations.

ment dite et l'ennexion. Mais elles tiennent surtout à leurs origines.

C'est toujours du conflit entre deux lois successives et différentes qu'il s'agit, ou si l'on veut, du respect international des droits acquis, c'est-à-dire en grande partie de la non-rétroactivité des lois, cette dernière idée étant peut-être plus nette toutefois dans le conflit d'annexion (1). Nous étudierons donc également ce cas particulier, à raison des ressemblances très grandes qu'il présente avec les précédents (2).

On aura ainsi à examiner dans une section I : la naturalisation lorsque les époux sont de même nationalité ; dans une section II : la naturalisation lorsque les époux n'ont pas la même nationalité ; dans une section III : la question de l'application du projet de la Société d'Etudes législatives à ces diverses hypothèses et dans une section IV, les conflits d'annexion.

SECTION I

LA NATURALISATION ET L'UNITÉ ORIGINALE

DE NATIONALITÉS DES ÉPOUX

L'hypothèse normale, celle du Code Civil de 1804, était, nous l'avons vu, l'acquisition par la femme de la nationalité de son mari. Aujourd'hui, encore, elle peut se présenter. A côté de son intérêt historique, elle garde par conséquent un intérêt pratique indéniable. Mais c'est surtout au point de vue théorique que la question mérite d'être examinée. En effet, le point important est de savoir comment va se comporter, suivant les cas, le principe de stabilité des effets du mariage, dont le maintien, disons-le tout

(1) Lerebours-Pigeonnière, Précis, N° 286, p. 257.

(2) Bartin, Principes, § 16, t. I, p. 32.

de suite, est rendu plus facile et se défend très sérieusement.

Il en est ainsi, peut-être même lorsque les deux époux acquièrent la même nationalité (§ 1), et à plus forte raison s'il s'agit de la naturalisation du mari seul (§ 2) de la femme dans les mêmes conditions, soit qu'elle se fasse naturaliser (§ 3), soit qu'elle se fasse réintégrer dans sa nationalité d'origine (§ 4), ou encore si chacun des époux, individuellement, se fait naturaliser, simultanément ou successivement, dans deux ou plusieurs pays étrangers (§ 5).

Mais si le maintien du principe peut s'imposer sur le terrain juridique, il n'en est plus de même si l'on fait intervenir les considérations politiques. Ici encore, nous allons voir que l'intérêt de la nationalité nouvelle, et en particulier de la nationalité française, bouleverse tout le système au point d'en rendre l'application impossible.

§ I. *Les deux époux se font naturaliser
dans le même pays*

Cette naturalisation des deux époux dans un même pays peut intervenir en même temps pour les deux, ou successivement pour chacun d'eux.

I. *Naturalisation simultanée*

C'est l'hypothèse qui paraît la plus simple : lorsque les deux époux changent tous deux de nationalité pour en prendre une autre semblable, il est difficile de ne pas reconnaître la compétence de leur nouvelle loi nationale commune.

Ici, l'intérêt des époux, qui est que leur union reste aussi stable que possible, s'efface devant l'intérêt général. A cette considération, s'en ajoute une autre tirée du droit interne : les règles d'état et de capacité sont très généralement considérées dans chaque pays comme étant d'ordre

public et comme telles, impératives. Au regard de la nouvelle patrie des époux, l'application de la loi nouvelle est donc certaine. Il ne peut en être autrement d'ailleurs, même pour leur ancien pays : les deux époux sont pour lui, en principe, des ressortissants définitivement perdus.

Cette solution est celle de tous les auteurs qui ont étudié spécialement la question pour l'incapacité de la femme mariée (1).

La quatrième conférence de La Haye, qui aboutit à la Convention du 17 juillet 1905, n'a pas réglé, on le sait, le régime international de la capacité des femmes mariées. L'accord n'avait pu se faire, parce que la Commission chargée de préparer les textes avait entièrement accepté la discussion faite par le Code Civil allemand entre la capacité proprement dite (*geschäftsfähigkeit*) et le droit de disposition (*dispositions befugnis*) la première toujours intacte, ne pouvant être modifiée d'après le système allemand que par une naturalisation, tandis que le droit de disposition peut seul être restreint par le régime matrimonial des époux (2). D'après le système français, au contraire, la femme est toujours frappée de la même incapacité, quel que soit son régime matrimonial (art. 215 et 217 du Code Civil).

D'autre part, le droit allemand a rejeté la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales aussi bien en droit interne (3) que dans le conflit des lois (4), double solution radicalement contraire à l'article 1395 du Code Civil en droit français interne, et à la jurisprudence en matière internationale.

Cette disposition était ainsi conçue (5) :

(1) Houot, op. cit., p. 123 s. Cauwès, op. cit. p. 208, p. 224; Guillot, op. cit. p. 244; Champcommunal, Rev. de D. I. P. 1910, p. 59.

(2) ^c V. ci-dessus, introduction, p. 13-14.

(3) Article 1432 du Code Civil allemand.

(4) Article 15 de la loi d'introduction au Code Civil allemand.

(5) Article 7 du projet, v. aussi dans la Rev. de D. I. P. 1906, p. 64-65).

« Les effets du mariage sur la capacité de la femme sont régies par la loi nationale des époux. Toutefois si les époux ont changé de nationalité au cours du mariage, les restrictions miseⁿ à la capacité de la femme par leur loi nationale antérieure subsisteront en tant que l'admet leur nouvelle loi nationale, à moins que les époux ne concluent un contrat de mariage valable d'après cette nouvelle loi ».

La confusion ainsi faite entre la question de capacité et les règles du régime matrimonial était évidemment inacceptable pour la France, de même que la règle de mutabilité. Le précédent n'est donc guère concluant, mais la règle qui consiste à appliquer la nouvelle loi nationale est, par contre, parfaitement correcte. Elle semble d'ailleurs conforme à l'article 3, alinéa 3, et en tout cas, s'appliquerait certainement à des époux étrangers qui se feraient naturaliser français (1).

La loi nouvelle s'appliquera donc sans difficulté, mais il convient de faire trois réserves à cette formule. La première concerne le régime matrimonial. Il n'est pas certain en effet que, d'après la jurisprudence française, qui voit dans le régime légal une convention tacite, les époux échapperaient à la loi qui gouverne *ne varietur*, leur régime matrimonial ; il en serait ainsi en tout cas, pour un régime conventionnel. Tel est du moins le système encore suivi actuellement. Mais nous avons signalé que le projet de la Société d'Etudes Législatives avait apporté à la règle une grave dérogation (2) dans l'intérêt d'application de la loi française, lorsque les époux deviennent Français, ou si celui d'entre eux, qui est étranger, acquiert la nationalité française de son conjoint. Dans ce cas, toute distinction entre la loi personnelle et la loi du régime matrimonial disparaît. Mais, en attendant que ce texte soit transformé en loi, la distinction subsiste dans tous les cas (3).

(1) Paris, 7 mai, Rev. de D. I. P. 1914, p. 448, Rosenbaum (divorce de deux israélites russes naturalisés français).

(2) Articles 21 à 26 projetés du code, v. ci-dessus, p. 62.

(3) V. sur ce point, II^e partie, p. 181 §.

La seconde réserve qu'il faut apporter à l'application de la loi nouvelle n'est guère que théorique : il s'agit du cas où les époux auraient obtenu leur naturalisation dans le seul but de faire fraude aux dispositions de la loi qui les régissait antérieurement : il faudrait alors supposer un intérêt considérable à l'opération, surtout au point de vue de la capacité de la femme, et des conditions très spéciales. c'est par exemple une femme française, mariée à un incapable. Elle doit s'adresser à la justice (article 219 du Code Civil), pour obtenir l'autorisation de contracter. Les deux époux se font naturaliser, pour échapper à ce contrôle dans un pays où la loi n'établit aucune restriction à la capacité de la femme. Dans ce cas, les tribunaux français prononceraient-ils la nullité de la naturalisation ? Cela reste douteux : une naturalisation simultanée et commune aux deux époux, doit être présumée sincère, lorsqu'il ne s'agit que de la capacité de la femme ou même du régime matrimonial (c'est une hypothèse qui peut parfaitement se présenter, par exemple pour des époux soumis à un régime dotal ou au régime anglais du *trust*).

La dernière réserve annoncée concerne le respect des droits acquis. Droits des époux, d'abord ; par exemple : la femme a passé sans autorisation des actes nuls, d'après la loi nationale des époux, puis, les deux époux se sont fait naturaliser dans un pays qui ne connaît pas l'incapacité. Droits des tiers dans l'hypothèse inverse : ils ont traité avec une femme capable, mais les deux époux se font naturaliser dans un pays qui, comme la France, pratique le système de l'incapacité.

Comment maintenir, dans le premier cas, comment écarter dans le second, l'action en nullité ? Il faut nécessairement appliquer la loi nationale ancienne aux conséquences des actes passés sous son empire. La jurisprudence ne nous fournit aucun précédent : la question est donc de savoir si elle sanctionnerait le principe du respect des droits acquis. On peut soutenir que ce n'est qu'une application de la règle de la non-rétroactivité des lois, mais néanmoins, le problème subsiste : il n'est que déplacé.

C'est cependant une solution logique et équitable que celle qui consiste à maintenir les droits des époux et des tiers, dans les conditions de la loi ancienne. Au point de vue juridique, d'ailleurs, l'action en nullité n'est qu'une conséquence directe de l'incapacité, plus précisément un des éléments de sa sanction. Mais s'il en est ainsi pour les incapacités ordinaires, il n'en est peut-être plus de même pour l'incapacité de la femme mariée, conséquence de la puissance maritale, tout autant sinon davantage, que de l'insuffisance de consentement de la femme. Dès lors, l'incapacité de la femme serait soumise entièrement à la loi nouvelle, qui gouverne les effets du mariage comme telle, la puissance maritale (1).

Il semble néanmoins très difficile de sacrifier des droits parfaitement respectables et nous préférons admettre que la sanction des actes passés sous une législation ancienne continue à dépendre de cette loi.

II. *Naturalisation successive*

Si l'on suppose maintenant que la naturalisation des deux époux, au lieu d'intervenir en même temps pour tous les deux, a lieu successivement pour chacun, la solution sera-t-elle la même ?

Il ne s'agit ici que d'une question de date : au lieu que la loi nouvelle s'applique après la première naturalisation, il est préférable d'admettre son application seulement après la naturalisation de l'époux resté étranger. C'est à cette date que le principe d'unité existe de nouveau et peut s'appliquer.

(1) M. Bartin, *Principes*, § 296, t. II, p. 228-229, suppose que l'action en nullité reste ouverte par hypothèse après le changement de nationalité mais dans les conditions différentes ; par exemple, le mari seul peut l'exercer. Il se décide pour l'application de la loi nouvelle « parce que l'incapacité de la femme n'est que garantie de l'unité d'administration dans la vie commune ». L'hypothèse est un peu différente. D'ailleurs M. Bartin rejette le principe des droits acquis : *op. cit.*, § 78, t. II, p. 195, texte et note 1.

Dans les deux cas, nous n'avons pas établi de distinction entre l'hypothèse d'une naturalisation à l'étranger de deux époux français, et celle de la naturalisation en France de deux époux étrangers ; les principes restent les mêmes. Mais l'intérêt politique ne commande-t-il pas de faire une discrimination ?

Lorsque deux époux français se font naturaliser à l'étranger, il serait absolument vain de vouloir les maintenir à toute force sous l'empire de la loi française, sauf les réserves que nous avons faites. En particulier pour la capacité de la femme, c'est un système insoutenable. Il en serait de même aussi bien dans le cas d'une naturalisation simultanée que dans le cas de naturalisation successive (jusqu'à la date de la seconde).

Au contraire, on pourrait soutenir plus justement que lorsque des époux étrangers se font naturaliser français, mais l'un après l'autre, la loi française s'appliquerait immédiatement après la naturalisation du premier époux. Ce n'est qu'une des nombreuses conséquences qu'on peut tirer de la solution de l'arrêt Ferrari (1), et, disons-le tout de suite, la plus logique, tout au moins la plus justifiée, si du moins on lui donne la portée extrêmement générale que certains lui attribuent.

Il suffit pour l'instant de faire ces quelques observations ; en effet, cette situation intermédiaire se ramène à l'hypothèse de la naturalisation du conjoint étranger d'un époux français, quelle que soit la date d'acquisition par ce dernier de la nationalité française. En tout cas, l'intervention du législateur aurait ici une grande utilité (2).

En définitive, si l'on met à part l'hypothèse que l'on vient d'examiner, l'intérêt politique concorde ici avec les principes juridiques pour conduire à l'application de la loi nouvelle. C'est un fait digne de remarque et que nous ne rencontrerons pas souvent. La solution est donc à l'abri

(1) V. ci-dessous, p. 81 s.

(2) V. ci-dessous, Section III, p. 89 s.

des critiques, à condition d'être accompagnée des réserves qui ont été signalées, et que nous croyons indispensables.

Cependant, M. Bartin, tout au moins pour le divorce et la séparation de corps, conçoit certains doutes sur la substitution du statut matrimonial nouveau au statut matrimonial primitif (1) à cause de la stabilité que le caractère impératif des règles relatives aux effets et à la durée du mariage doit leur assurer, même dans l'hypothèse la plus favorable que l'on étudie ici. Ce n'est donc pas du tout — la comparaison serait dangereuse — parce que le mariage peut être considéré comme un contrat. Bien plus, la stabilité des effets du mariage doit être supérieure à ceux d'un contrat ordinaire.

Il est permis de penser cependant que ces doutes ne s'appliquent qu'au divorce et à la séparation de corps, qui suggèrent toujours un rapprochement volontaire ou non, du mariage et du contrat. Mais il est impossible d'aller plus loin, en particulier pour la condition de la femme. Celle-ci a des conséquences actuelles et pratiques, exigeant impérieusement sa soumission à une loi dont l'application a un fondement suffisamment en rapport avec ces éléments de fait. Dans notre système de conflits, cette loi ne peut être que la loi nationale actuelle, du moins lorsque le principe d'unité du statut matrimonial est respectée. Vouloir aller plus loin dans le maintien de la loi ancienne, c'est rompre la concordance que nous avons constatée entre les principes purement juridiques et les considérations politiques, et il n'est pas difficile de prévoir lesquels l'emporteraient.

§ 2. *Naturalisation du mari*

Le problème change d'aspect et se complique étrangement lorsque la rupture de l'unité du statut matrimonial provient d'une naturalisation concernant le mari seulement.

(1) Aubry et Rau, § 490, note 14, t. VII, p. 413, et *Principes* § 290, t. II, p. 208.

On suppose, bien entendu, que la naturalisation a des effets purement individuels (1). Le conflit des lois personnelles reparait alors, entre la loi ancienne des deux époux, restée la loi actuelle de la femme, et la nouvelle, la loi du mari.

Les idées du mariage-contrat et du respect des droits acquis de la femme, s'opposent, au point de vue juridique, à la nécessité d'une direction qui conduit à l'application de la loi du mari, loi actuelle, qui est celle du pays où il s'est fait naturaliser. Au-dessus, on retrouve le principe de stabilité, qu'il faut maintenir, autant que possible, malgré la naturalisation. C'est ainsi que l'on peut présenter les positions prises par la doctrine.

À l'idée du mariage-contrat se rattachent certains arguments qui se ramènent tous à soutenir que la femme, en se mariant, n'a pas pu prévoir cette situation et qu'elle ne saurait être présumée y avoir consenti. Le mari ne peut donc pas modifier par sa seule volonté, les effets du mariage. On voit apparaître ici l'idée des droits acquis de la femme, qu'il faudrait nécessairement respecter (2). Mais il semble préférable, pour toutes sortes de raisons, d'écarter l'idée des droits acquis, qui se conçoit d'ailleurs assez mal en matière de capacité. Elle a donné lieu à trop de controverses, tant en doctrine qu'en jurisprudence, pour qu'on puisse la considérer comme certaine, sur le plan du statut personnel.

Dès lors, la loi nouvelle du mari paraîtrait l'emporter, en considération de la nécessité d'une unité de direction, qui doit exister en la personne du mari, et appuyée sur la puissance maritale (3). Néanmoins, il est difficile de se rallier à cette solution, qui méconnaît complètement le

(1) V. sur cette question, *Repr^e de D. I.*, v^o Nationalité, par M. Jacques Maury, n^{os} 127 s.

(2) *Champcommunal*, *Rev. de D. I. P.* 1910, 59; *Surville*, *cours élém.*, 7^e éd., par Arthuys, n^o 296; *Audinet*, *Principes*, 2^e éd., n^o 554; *Riboyet*, *Man.*, 2^e éd., n^{os} 606, 626.

(3) *Lerebours-Pigeonnière*, *Précis*, n^{os} 343-346,

principe de stabilité que l'on doit sauvegarder autant que possible (1).

Sur le terrain juridique, par conséquent, nous concluons au maintien de la loi ancienne derrière la loi nationale commune aux deux époux. C'était la solution adoptée par la Conférence de La Haye en 1893-4 (2) pour l'état et la capacité de la femme (Les effets du mariage), art. 3. Mais la disposition disparut de la convention du 12 juin 1902. C'était aussi la solution qui avait prévalu à la quatrième conférence de La Haye, mais seulement pour les droits et devoirs des époux. (Convention de La Haye du 17 juillet 1905, article 9-2°). Il y a lieu de penser que si l'accord avait pu se faire sur la capacité de la femme, la règle aurait été la même.

On peut par conséquent, quoique la convention ne nous lie plus, l'invoquer dans ce cas particulier.

Mais la discussion n'est pas close, et la solution va peut-être changer si l'on raisonne sur un autre plan : c'est toujours l'intérêt politique qui reparait.

Jusqu'ici, aucune différence n'a été établie entre le cas d'époux français et le cas d'époux étrangers, le mari perdant, dans le premier, la nationalité française, dans le second, l'acquérant.

Dans le premier cas, il n'y a pas de difficulté, c'est la loi française qui doit continuer à s'appliquer (1). Ce n'est pas à dire que cette solution soit acceptée par l'Etat dont le mari a acquis la nationalité. Mais cela importe peu, au regard du droit français. La seule considération qui puisse nous faire hésiter c'est que la femme suivra peut-être son mari à l'étranger. Dans ce cas, quel intérêt y a-t-il à la maintenir sous l'empire de la loi française, puisqu'il est

(1) *Bartin*, dans *Aubry et Rau*, § 490, note 2, t. VII, p. 407, note 14, p. 412.

(2) *Cl.* 1895, 198.

(3) *Andinet*, *Rec. des Cours de l'Ac^{ie} de D. I.*, 1926, t. I, p. 212 et 216; *Contra*, *Houot*, *op. cit.*, appliquant la loi la moins rigoureuse; *Guillot*, *op. cit.*, p. 255, 257, dans le sens de la loi nouvelle du mari.

probable qu'elle prendra également un jour ou l'autre, la nationalité de son mari. De plus, la situation de la femme, au point de vue économique, sera peu favorable. Elle vivra désormais dans un milieu peut-être tout différent, les tiers étrangers qui contracteront avec elle pourront croire qu'elle est soumise à la loi nouvelle de son mari et les tribunaux étrangers leur donneront raison. C'est là cependant, une hypothèse qui ne relève plus que théoriquement du système français de conflits. Si, même à l'étranger, la femme française mérite à nos yeux, d'être protégée par la loi française, la question ne pourrait guère se poser devant nos tribunaux, à moins d'une instance en exequatur au cas où les époux conservent des biens situés en France.

Au contraire, si la femme reste domiciliée en France, sa situation ne doit comporter aucun changement. On voit intervenir ici la notion de domicile, avec sa double signification politique et économique ; la loi du domicile venant renforcer la loi nationale, sans toutefois lui retirer encore sa compétence. Mais déjà la loi nationale seule ne suffit plus complètement.

Dans le cas d'époux étrangers, le mari prenant seul la nationalité française, toutefois, l'intérêt politique reparaît au premier plan, la loi française saisit immédiatement son nouveau ressortissant et on invoquerait inutilement l'idée des droits acquis, ou même le principe de stabilité pour empêcher la loi française de l'appliquer à la femme restée étrangère, mais qui, un jour ou l'autre, on peut le présumer, se fera naturaliser à son tour ; le domicile ne jouerait aucun rôle, au regard du droit français puisque cette naturalisation peut avoir lieu sans condition de stage (1). Cependant, il faut reconnaître que la solution se défend beaucoup mieux si la femme a rejoint son mari en France, approuvant ainsi à l'avance et implicitement, la naturalisation qu'elle obtiendra à son tour.

(1) Art. 7, al. 1^{er} de la loi de 1927.

Ainsi, la loi nationale des époux au jour du mariage pourra être écartée (1) en considération des intérêts français (2). Ici encore il y a un défaut d'harmonie dans notre système, une part d'arbitraire, qui conduisent à des distinctions juridiquement injustifiables, malgré l'opinion de ceux qui appliquent la loi actuelle du mari. Le principe de stabilité reçoit une exception, mais se maintient tant bien que mal. Il en est de même, comme nous allons le voir, lorsque c'est la femme qui se fait naturaliser, et dans une mesure plus grande encore, lorsqu'elle se fait réintégrer dans sa nationalité d'origine.

§ 3. *Naturalisation de la femme*

La naturalisation de la femme seule pose une question préliminaire, celle de la capacité de la femme mariée à l'effet d'acquérir une nationalité nouvelle. C'est un point que nous laisserons de côté, aussi bien pour la femme mariée que pour la femme séparée de corps. Mais il est impossible de ne pas signaler que cette question a suscité de graves conflits, à propos d'une affaire restée célèbre, l'affaire Beaufremont (3) : une femme séparée de corps peut-elle se faire naturaliser à l'étranger, sans autorisation maritale, et obtenir ainsi le divorce que lui refusait la loi française ?

Le Tribunal de la Seine et la Cour de Paris annulèrent la naturalisation, pour défaut d'autorisation maritale et aussi pour son caractère frauduleux. En conséquence la question ne se posait plus de savoir si la femme pouvait échapper à l'application de la loi française, puisqu'au regard de celle-ci, il n'y avait eu aucune naturalisation. Mais la Cour de

(1) Sauf les réserves formulées ci-dessus, p. 70 s., au profit de la loi ancienne. Mais le cas de fraude serait difficilement reconnu par nos tribunaux.

(2) En ce sens, de Vareilles-Sommières, *La Synthèse*, t. II, p. 160.

(3) Trib. civ. Seine, 10 mars 1876, Paris, 17 juillet 1876, S. 1876, 2, 249; Cass. Civ. rej., 18 mars 1878, S. 1878, 1, 193, avec les notes de M. Labbé.

Cassation prit soin d'affirmer que la femme ne pouvait, que la naturalisation fût ou non valable, se soustraire à l'empire de la loi qui régissait les effets de son mariage.

On passait donc, d'une question d'autorisation matrimoniale et de fraude à la loi, à la solution d'un conflit mobile nettement déterminé.

La position prise par la Cour de Cassation avait été généralement approuvée (1) et elle se défend encore parfaitement aujourd'hui. Si par conséquent on suppose une naturalisation valable, cette naturalisation restera sans effet sur la loi applicable, celle-ci sera toujours la loi qui gouvernait les effets du mariage lorsque les deux époux avaient la même nationalité ; le statut matrimonial des époux reste donc séparé de la nationalité de chacun d'eux, lorsqu'il a été établi une fois pour toutes. C'est exactement la même situation que dans l'hypothèse précédente, et rationnellement, il n'y a aucune distinction à faire.

Il n'y en a pas davantage suivant que les époux sont français ou étrangers la femme devenant étrangère dans le premier cas, française dans le second.

On décidera donc que dans tous les cas, c'est la loi ancienne qui s'applique ; elle se trouve être en même temps la loi du mari ; elle a donc un double titre d'application, le principe de stabilité des effets du mariage et la prépondérance reconnue généralement à la loi du mari.

L'hypothèse sera d'ailleurs moins fréquente, du moins pour la naturalisation française d'une femme d'origine étrangère, par opposition avec la réintégration proprement dite, et plus encore pour la naturalisation à l'étranger d'une femme française.

Cependant, ici encore, on peut se demander s'il n'y a pas lieu de faire fléchir le principe, dans l'intérêt de la loi française, au cas où une femme étrangère obtiendrait la nationalité française indépendamment de son mari resté étranger. Ne peut-on pas espérer très légitimement attirer

(1) Labbé, note, S. 1878, 1, 193.

les deux époux dans la nationalité française, tout comme lorsque la femme reste française en se mariant, ou lorsque la naturalisation française n'intéresse que le mari ? On pourrait donc soutenir que cette femme est régie par la loi française dès sa naturalisation, c'est un droit, qui, pour elle, paraît en découler nécessairement. C'est aussi son intérêt, et celui des Français qui traiteront avec elle si elle vit désormais en France. Les tribunaux se prononceraient sans doute en ce sens — mais ici encore, en admettant cette solution, il y aurait lieu de tenir compte des règles du régime matrimonial, et des droits acquis aux époux et aux tiers, pour les actes passés, par la femme, conformément à la loi étrangère, avant sa naturalisation en France (1).

Les éléments politiques interviendraient donc une fois de plus pour écarter l'application du principe. Néanmoins, la solution doit être maintenue ; il est difficile d'aller aussi loin dans l'application de la loi française, lorsqu'il s'agit de la naturalisation d'une femme.

Dans l'hypothèse inverse, étudiée au paragraphe précédent, cela pouvait se concevoir, en conséquence de l'article 7-10 de la loi de 1927. Mais cette disposition ne concerne que la femme de l'étranger naturalisé, et non le mari ; c'est pourquoi il convenait de distinguer les deux cas.

C'est donc la loi nationale des époux au jour du mariage qui continuera à s'appliquer, nonobstant les intérêts politique, qui, dans ce cas, ne nous paraissent pas pouvoir faire fléchir le principe (2).

§ 4. *La réintégration de la femme mariée
dans sa nationalité d'origine*

La réintégration de la femme dans la nationalité que

(1) Mais la question de fraude ne pourrait être utilement soulevée devant les tribunaux français qui refusent d'apprécier la validité d'un décret de naturalisation (Cass. Civ. 6 juillet 1922, pour la réintégration).

(2) En ce sens, Lerebours-Pigeonnière, Précis, n° 345. Champcomunal, Rev. de D. I. P. 1929, 13 s. ; Contra : de Vareilles-Sommières, La Synthèse, t. II, p. 160-161.

lui avait fait perdre son mariage, est infiniment plus fréquente et plus pratique que les hypothèses précédentes. Elle soulève d'ailleurs de graves problèmes et elle a donné lieu, dans une affaire célèbre, à une série de décisions fondamentales (1).

On n'étudiera ici, ni les conditions de cette réintégration, en droit français, ni les controverses auxquelles a donné lieu l'interprétation des articles 18 et 19 ancien du Code Civil, par la jurisprudence antérieure à la loi de 1927. Signalons seulement que celle-ci dans la disposition transitoire de l'article 14 a permis à toute Française qui aura épousé un étranger, antérieurement à la mise en vigueur de la loi, de recouvrer la nationalité française par une simple déclaration faite devant le juge de paix de son domicile ou de sa résidence, à condition qu'elle réside habituellement depuis deux ans au moins en territoire français.

Cette faculté a pu être exercée pendant l'année qui a suivi la promulgation de la loi ; passé ce délai, ou à défaut des conditions de résidence, les femmes d'origine française peuvent se faire réintégrer par décret, pourvu qu'elles résident en France (article 11 de la loi).

Ces dispositions ont obtenu un succès considérable (2). Plus encore qu'avant la loi de 1927, et malgré l'interprétation abusive des articles 18 et 19 du Code Civil, par la jurisprudence, qui favorisait les réintégrations et les rendait possibles, du vivant du mari, la question peut se poser de savoir quelle loi va régir les effets du mariage en égard à cette réintégration. La jurisprudence n'a eu à résoudre que la question du divorce et de la séparation de corps (3) mais il y a tout lieu de penser qu'elle résoudrait de même la question de la capacité de la femme.

(1) L'affaire Ferrari (Cass. Civ. 6 juillet 1922 précité).

(2) Le nombre des femmes mariées étrangères d'origine française qui ont profité des dispositions de la loi de 1927 s'élèverait à 32.500 d'après M. Dreyfus (Bulletin de la Société d'Études Législatives 1928, p. 369).

(3) Affaire Ferrari, arrêt précité.

Il semble, à première vue, que le principe de stabilité de ses effets du mariage pourrait parfaitement être maintenu, au point de vue juridique.

La loi nationale des époux au jour du mariage continuerait donc à s'appliquer (1). On n'aperçoit aucune raison de distinguer entre la naturalisation proprement dite et la réintégration. Cependant, il existe ici un argument d'ordre plutôt sentimental, qui milite en faveur de l'application de la loi de la femme, c'est qu'il est dur de lui refuser le bénéfice des dispositions de la loi française, elle a pu légitimement espérer être régie par la loi française ; la femme réintégrée est donc particulièrement intéressante ; à quoi bon, au surplus, lui permettre de redevenir française, pour la considérer, en fait, comme une étrangère.

Le statut matrimonial doit donc suivre ici encore la nationalité. On passe ainsi du point de vue juridique au point de vue politique, qui commande la solution opposée, pour aboutir à la formule de l'arrêt Ferrari « attendu que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent le Français, qui recouvre cette qualité après l'avoir perdue ».

On peut d'ailleurs hésiter sérieusement à étendre cette solution à la capacité de la femme : La Cour de Cassation, malgré les termes très larges de ses considérants, a uniquement statué sur le point de savoir si une femme redevenue française peut divorcer. De plus, la solution a été trop discutée en doctrine pour qu'on puisse l'accepter sans hésitation (2). En tout cas il convient de la limiter expressément à la réintégration.

(1) En ce sens Houot, *op. cit.*, p. 139-142 ; Guillot, *op. cit.* p. 269.

(2) La majorité de la doctrine se prononçait, avant 1922, contre la possibilité du divorce ; v. not. Aubry et Rau, par Martin, § 490, note 14, t. VII, p. 412-413 ; Audinet, *Principes*, 2^e éd., n° 615 ; Weiss, *traité*, t. III, p. 683, etc. ; depuis 1912, dans le même sens : Pillet, *note*, *Rev. de D. I. F.* 1922-23, 461 s. ; Lyon-Caen, *note*, *S.* 1923-1-5 ; *Contra* : rapport du conseiller Ambroise Colin, *D. P.* 1923, 1, 139.

La loi de 1927, cependant, est venue fournir à la solution de l'arrêt Ferrari, un appui incontestable ; par les réintégrations massives qu'elle a entraînées, elle rend impossible l'application de la loi nationale ancienne. Les conséquences de l'article 14 a, sont donc particulièrement graves, mais elles semblent voulues. Quoiqu'on pense du principe des droits acquis, on est bien obligé de constater son échec : il n'y a pas de droits acquis en matière d'état et de capacité ; tout au plus, peut-on maintenir les réserves que nous avons formulées précédemment (1).

De même, le principe de la permanence du statut matrimonial est délibérément mis de côté.

Allons-nous transporter cette solution, empreinte de nationalisme et d'arbitraire, au cas où la femme se ferait réintégrer dans sa nationalité étrangère d'origine, qu'elle a perdue en conséquence de son mariage.

L'intérêt politique disparaissant, dans le cas d'une femme d'origine étrangère, mariée à un étranger, c'est la solution rationnelle qui prévaudrait. De même, s'agissant d'une femme d'origine étrangère mariée à un Français, il y a tout lieu de penser que la jurisprudence s'en tiendrait à une solution semblable à celle de l'arrêt Beaufremont : nos tribunaux refuseraient d'attribuer à cette réintégration en admettant qu'elle soit valable, aucun effet sur la loi applicable.

On voit quelles situations exceptionnelles peuvent résulter de ces changements de nationalité unilatéraux, et surtout de ces réintégrations, devenues si fréquentes : le principe de la loi nationale, par suite de son fondement politique, se prête à toutes les interprétations, et conduit finalement à l'incertitude et à la confusion d'où l'on ne peut sortir que par des procédés qui sont des expédients, échappant, en raison de leur caractère, à la science juridique.

En définitive, s'il paraît impossible de ne pas accepter la solution de l'arrêt Ferrari, il faut la limiter à l'hypothèse

(1) V. p. 70 s., sauf, toujours, le cas de fraude.

précise dans laquelle elle est intervenue ; la réintégration d'une femme mariée étrangère dans sa nationalité d'origine, en acceptant son application tous les effets du mariage encore qu'on puisse concevoir des doutes sur ce point (1) car la formule de l'arrêt est trop large pour être précise.

Dans toutes les autres hypothèses de réintégration dont les tribunaux français pourraient avoir à connaître, nous maintiendrons la loi nationale des époux au jour du mariage, restée la loi actuelle du mari.

§ 5. *Naturalisation de chacun des époux
simultanément ou successivement
dans deux ou plusieurs pays différents*

Le dernier type de complications qu'on peut rencontrer dans le cas d'époux primitivement soumis à une loi nationale commune, résulte de la succession et de l'enchevêtrement des naturalisations que chacun d'eux peut obtenir individuellement dans divers pays.

Le conflit est alors un conflit mobile à deux degrés : il y a une loi ancienne commune aux deux époux, puis, la loi nouvelle de chacun d'eux ; c'est la situation que nous avons rencontrée dans plusieurs occasions. Enfin, une troisième loi vient s'ajouter pour chacun des époux, ou pour l'un d'eux seulement, en conséquence d'une nouvelle naturalisation. Ces hypothèses n'ont rien d'invraisemblable. Elles peuvent se rencontrer en pratique, mais leur principal intérêt consiste à savoir comment se comporterait le principe de la stabilité du statut matrimonial.

Il est probable que, pour les tribunaux de l'Etat dont l'époux se trouve être en dernier lieu le ressortissant, c'est la loi de cet Etat qui s'appliquerait. Il en serait ainsi en particulier au regard de la France.

(1) Cf. *Bartin, Principes*, § 289, t. II, p. 206.

Mais à moins que les deux époux ne se trouvent finalement soumis à une nouvelle loi commune, c'est une solution fort peu satisfaisante au point de vue des principes.

Sans doute on pourrait faire intervenir les notions d'ordre public international, ou mieux de fraude à la loi (1) mais c'est encore une solution insuffisante.

C'est donc dans ces hypothèses qu'apparaît le mieux la nécessité d'assurer dès le début du mariage et de maintenir pendant toute sa durée, un statut commun aux deux époux, soustrait à leur volonté, à leurs caprices pourrait-on dire. C'est le seul élément sûr auquel on puisse s'attacher, sans prendre en considération l'idée du respect des droits acquis, qui reste malgré tout insuffisante, étant donné la difficulté qu'on éprouverait à déterminer la loi applicable à l'acquisition de ces droits, droits des tiers, droits des époux, suivant la date à laquelle on se placerait.

La seule solution rationnelle consiste donc à maintenir pendant toute la durée du mariage, l'application de la loi primitive (2).

SECTION II

LA NATURALISATION ET LA DUALITÉ ORIGINALE DE NATIONALITÉS DES ÉPOUX

Alors que précédemment la solution des conflits comportait toujours un élément fixe auquel on pourrait les rattacher, il n'en est plus ainsi quand les deux époux sont, dès le mariage, de nationalité différente.

On pourrait à la rigueur maintenir l'application de la loi nationale du mari au jour du mariage, qui reprendrait la place laissée vide.

Dans cette opinion, il n'y aurait pas lieu de distinguer suivant que les époux sont ou non de nationalités différentes dès le mariage.

(1) *Bartin, Principes*, t. II, § 290, p. 208.

(2) *Bartin, Principes*, *ibidem*.

Mais, même en restant sur le terrain des principes, et en admettant que le mari demeuré malgré tout le chef de ménage, dans toutes les législations, puisse ainsi communiquer son statut à sa femme, comme encore aujourd'hui son nom, comme autrefois sa nationalité, il n'est plus possible de donner cette solution lorsque le mari change seul de nationalité ; le statut primitif n'est alors, ni celui du mari ni celui de la femme, il n'a jamais été celui des deux époux ; on pourrait bien soutenir que la prééminence à accorder au mari, et qui conduit à l'application de sa loi, ne peut lui permettre de se libérer des obligations qui lui incombent d'après cette loi. Celle-ci ne « saurait lui fournir un titre pour se débarrasser seul et à son gré d'elle » (1). Mais le caractère nécessairement artificiel de cette prééminence, ne suffit pas à justifier l'application de la loi du mari au jour du mariage, dans l'ordre des conflits mobiles (2).

Le terrain juridique est donc beaucoup moins sûr dans notre hypothèse, et aussi bien ce n'est pas ainsi que se pose la question : en effet, l'idée du ménage à double nationalités est une idée essentiellement politique : on espère attirer le mari dans la nationalité de la femme, c'est la situation renversée. On pourrait donc soutenir tout aussi bien que la loi de la femme, doit former le statut commun des époux, la loi présume qu'un jour ou l'autre, il en sera réellement ainsi. C'est la conception de la loi française de 1927.

La solution est donc commandée, sur le plan du conflit immobile, en considération d'un changement de nationalité, il convient de voir quelle valeur il faut lui attribuer lorsque ce changement vient à se produire, ce qui nous conduit à distinguer deux hypothèses, celle dans laquelle la naturalisation d'un des époux lui fait acquérir la natio-

(1) *Bartin, Principes*, § 289, t. II, p. 207.

(2) Excepté si la femme se faisait naturaliser dans le pays de son mari.

nalité de son conjoint (§ 1), et celle au contraire dans laquelle la nationalité maintient la diversité de nationalités des époux (§ 2).

§ 1. *La naturalisation donne aux époux un statut commun*

L'un des époux, brisant le lien qui l'attachait à son pays d'origine, se fait naturaliser dans le pays de son conjoint : c'est le changement escompté par la loi de 1927 (1) qui se produit. Il en est ainsi pour le mari étranger de la femme française, ou pour la femme étrangère d'un mari français.

Mais les situations inverses peuvent se produire : la femme française devient étrangère, le mari français devient étranger. La loi de 1927 manque alors son but.

Enfin, les deux époux peuvent se faire naturaliser tous deux dans un troisième pays.

Le problème peut donc se poser dans des conditions très diverses, mais il ne comporte qu'une seule solution possible : on était à la recherche d'un statut commun : les deux époux s'en donnent un. Si artificiel qu'il puisse être, lorsque c'est le mari qui prend la nationalité de sa femme, on ne peut que l'accepter : le principe est satisfait, les intérêts politiques le sont également. C'est donc la loi désormais commune aux deux époux, loi du mari, loi de la femme ou encore loi d'un pays tiers, qui les régira (2). Il y aura lieu seulement de maintenir les droits acquis des tiers et des époux, les règles du régime matrimonial, et de réserver le cas de fraude à la loi française, lorsque la naturalisation aura lieu à l'étranger, du chef d'un époux français.

L'unité obtenue ainsi avec tant de peine devrait, semble-t-il, survivre à de nouveaux changements. Du moins c'est la solution qui paraît la plus rationnelle.

(1) Art. 6, al. 3.

(2) En ce sens, Niboyet, *Manuel*, 2^e éd., n° 626.

Mais l'étude de ces situations se ramène à celle qui a déjà été faite précédemment, et nous avons vu qu'il était très difficile dans ce cas de maintenir le principe.

D'autre part, ce statut désormais commun, qui peut être un statut nouveau pour les deux époux (si leur naturalisation a lieu dans un pays tiers) a moins de titres à s'appliquer, puisque les époux se sont mariés et ont été soumis tout d'abord à des lois différentes.

Il serait donc encore plus difficile de maintenir le principe, surtout si l'unité de nationalité des époux était rompue par une naturalisation en France.

§ 2. — *La naturalisation*
maintient la dualité de nationalités des époux

L'unité de statut matrimonial, si désirable à tous points de vue, peut n'être jamais obtenue : ainsi deux époux, le mari italien, la femme française, se font naturaliser, séparément, chacun dans un pays différent. On n'aperçoit plus alors aucun principe. Il est impossible d'appliquer la loi du mari au jour du mariage, ou la loi de la femme, à la même date. La loi actuelle de l'un ou l'autre des époux aurait peut-être plus de titres à s'appliquer, mais à la réflexion, on ne voit pas pourquoi l'un des époux, même le mari, pourrait, par sa seule volonté, modifier la condition de son conjoint ; on en est donc réduit à donner des solutions d'espèce et purement unilatérales. Chaque Etat ferait prévaloir sa propre loi, loi ancienne ou loi actuelle de l'un des époux, ou ferait appel à la notion d'ordre public, ou de fraude à la loi.

C'est dans cette hypothèse évidemment assez rare que le principe de la loi nationale est juridiquement le moins satisfaisant. La seule donnée certaine serait, au regard du système français, l'application de la loi française à l'époux qui aurait conservé ou acquis la nationalité française : en l'absence d'un principe il faut nécessairement s'en tenir à cette solution, dont le caractère d'expédient rend l'application injustifiable, autrement que par des considérations

purement politiques. Ce n'est qu'une preuve de plus du caractère nécessairement particulariste des règles de conflits pour chaque pays.

SECTION III

LE PROJET DE LA SOCIÉTÉ D'ETUDES LÉGISLATIVES S'APPLIQUE-T-IL AUX CONFLITS MOBILES ?

Dans toutes les hypothèses de naturalisation ou de réintégration que nous avons examinées, nous avons chaque fois réservé le cas où l'un des époux aurait conservé ou acquis la nationalité française. C'est une solution qui nous paraît résulter nécessairement de la jurisprudence et de l'esprit de la loi de 1927.

Sans nous dissimuler les graves objections qu'on peut soulever contre l'application de la loi française, qui prend alors un caractère étroitement nationaliste, et à laquelle les tribunaux étrangers, saisis directement ou indirectement du litige, ne consentiraient très probablement pas, il faut bien reconnaître qu'on ne voit pas le moyen de trancher autrement le conflit. Il existe bien, dans la plupart des cas un principe dont les avantages juridiques sont incontestables, celui de la permanence du statut matrimonial, qui complète, dans l'ordre des conflits mobiles, celui de l'unité, lorsque n'intervient aucun élément de temps. La nationalité, dans ce système, peut coïncider en fait avec la loi applicable, mais elle reste un élément secondaire, sans influence sur la solution des conflits.

Malheureusement, le maintien de cette conception est impossible, car elle ne correspond plus aux circonstances actuelles, ni même à l'esprit du Droit International Privé. Est-ce un signe de régression, un retour à la territorialité et à la courtoisie ? On pourrait le croire puisque M. de

Vareilles-Sommières qui s'était fait le défenseur de ces idées donnait déjà cette solution à la fin du siècle dernier (1).

Cependant, si nos tribunaux appliquent aujourd'hui la loi Française, c'est toujours par nationalisme, mais pour des raisons différentes : la loi française et le statut personnel français leur apparaissent comme nécessairement liées, non plus seulement par application de l'article 3 alinéa 3, mais par interprétation de nos lois sur la nationalité. Celle-ci est alors directement en jeu, quand il s'agit de ressortissants français, ou indirectement, et *in futurum*, lors qu'il s'agit d'étrangers qui prendront un jour la nationalité française. Or, l'application du statut personnel français, dans les rapports de famille, n'est-elle pas un excellent moyen de préparer cette naturalisation escomptée par la loi ? Si elle se produit, d'ailleurs, l'unité du statut matrimonial est retrouvée, mais, en attendant, on l'impose artificiellement, au bénéfice de la loi française, quitte à voir méconnaître au dehors cette solution.

Il reste alors à résoudre la question de savoir si le projet, étudié précédemment, et qui ne vise expressément que les conflits immobiliers, pourrait s'étendre à l'hypothèse de la naturalisation d'un époux étranger en France (2).

C'est un point qu'il est intéressant de connaître parce que très probablement, le projet sera prochainement adopté comme base de notre législation. Or, le texte de l'article 19 projeté au Code Civil ne résoud pas la question. Il faut donc examiner les conditions dans lesquelles s'est posé le problème devant les auteurs du projet, et l'esprit qui les a guidés.

L'esprit du projet est très net : il se présente comme le complément de la loi de 1927, sur le plan du conflit des lois (3). Or, à côté de la dualité de nationalités des époux, la loi de 1927 a facilité beaucoup les naturalisations, et

(1) La Synthèse, t. II, p. 153 s. V. précédemment, Ch. II, p. 50 s.

(2) Pour la réintégration, tout au moins de la femme, il y a la solution formelle de l'arrêt Ferrari.

(3) Niboyet, rapport, Bulletin 1928, p. 320 ; p. 332 à 334.

plus encore les réintégrations ; pour remplir son but, le projet doit donc s'appliquer aussi aux conflits mobiles.

Lors des discussions qui ont abouti à la première rédaction (1) la question avait été soulevée. On avait d'abord prévu un article 17, qui décidait, dans son dernier alinéa qu' « au cas où les époux possédaient une nationalité étrangère, et où l'un d'eux seulement acquiert, durant le mariage, la nationalité française par déclaration, naturalisation ou réintégration, les effets du mariage et ses modes de dissolution demeurent soumis à la législature qui serait appliquée à défaut de cette acquisition » (2).

C'était rejeter la solution de l'arrêt Ferrari et maintenir le principe de la permanence du statut matrimonial. La disposition fut conservée par la suite dans un article 20 ainsi rédigé : « Lorsque les deux époux ne possèdent pas la même nationalité, et que l'un d'eux acquiert durant le mariage la nationalité française, ils restent soumis à la législation qui les régissait avant ce changement » (3). On restreignait donc le principe de l'hypothèse d'une naturalisation intervenant alors que les deux époux sont, dès le mariage de nationalité différente. Le cas de réintégration était d'autre part réservé.

C'est ce qui ressort des observations auxquelles le texte donna lieu (4). La solution, disait M. Niboyet, répare l'injustice de l'arrêt Ferrari. Mais M. de Navailles fit des réserves, pour le cas où les deux époux sont domiciliés en France, et M. Martin trouvait peu logique la distinction entre le conjoint réintégré et le conjoint naturalisé.

Puis la disposition disparut des rédactions postérieures (5). Mais le président, M. Ambroise Colin et le rapporteur, M. Niboyet avaient précisé que l'art. 19 s'appliquait

(1) V. le texte, Bulletin 1928, p. 339-341.

(2) Bulletin 1928, p. 352, séance du 19 Octobre 1928.

(3) Bulletin 1928, p. 358 (séance du 9 Novembre 1928).

(4) Ibid., p. 362.

(5) Ibid., p. 364.

dès que l'un des époux, à n'importe quel moment, était français (1).

Lors de la discussion en Assemblée générale, cependant, c'est l'hypothèse d'un ménage à double nationalité originaire qui fut seule envisagée. M. Niboyet a bien fait remarquer que l'arrêt Ferrari avait consacré la thèse que la femme peut se prévaloir de sa nationalité pour les effets personnels du mariage, mais cette formule très large reste imprécise : l'article 19 a été établi « pour permettre de consacrer à la France les nombreuses femmes qui s'y trouvent en excédent, et qui sont appelées de plus en plus à épouser des étrangers, en raison du grand nombre des étrangers qui vivent en France » (2).

La règle est donc établie *favore nuptiarum*, et il y a des bonnes raisons pour ne pas l'étendre à l'hypothèse des conflits mobiles (3). Est-ce parce qu'on a estimé que la solution de l'arrêt Ferrari et des décisions qui l'ont suivi s'appliquent sans discussion ? Peut-être, mais c'est là une interprétation excessive (4).

Il y aurait donc intérêt, si la loi intervient, à prévoir formellement l'hypothèse d'une naturalisation. Adopterait-on la solution que l'article 19 consacre pour le conflit immobile ? Cela paraît probable, mais les réserves faites par les avant-projets laissent place à un certain doute : il a paru excessif d'appliquer la loi française, pour des raisons purement politiques. Il y a là une conciliation très délicate entre les principes, dont il faut conserver un minimum, et les faits qui conduisent à leur abandon.

Nous ne croyons pas qu'il soit possible d'y parvenir en faisant appel à la seule loi nationale, et c'est peut-être en définitive la conclusion qui se dégage du projet. On arriverait en effet à des solutions plus satisfaisantes en faisant intervenir la notion de domicile pour déterminer

(1) Ibid., p. 374.

(2) Bulletin 1930, p. 103 s.

(3) Bartin, Principes, § 288, t. II, p. 202-203.

(4) Nous l'avons repoussée ; ci-dessus p. 83-84.

la loi applicable : les deux époux sont domiciliés en France, l'un d'eux est ou devient Français, la loi française constitue leur statut matrimonial. On voit que la loi du domicile jouerait ici un rôle subsidiaire, mais néanmoins important, comme loi personnelle. Sa coïncidence avec l'une des lois nationales permettrait de résoudre certains conflits embarrassants, et rétablirait l'unité du statut matrimonial donnant ainsi satisfaction aux intérêts des époux et des tiers, tout comme aux intérêts politiques, du moins ceux de l'Etat domiciliaire qui se trouve être en même temps l'Etat national pour l'un des époux. Elle corrige ce qu'a d'excessif l'application de la loi du pays dans lequel l'époux s'est fait naturaliser, lorsque le domicile reste fixé dans un autre pays, et assure ainsi un minimum de respect aux principes.

Certes, cette coïncidence pourra ne pas exister ou ne pas se maintenir pendant toute la durée du mariage. Le domicile est bien une condition préalable de la naturalisation, mais le domicile des époux, domicile matrimonial au début du mariage, domicile conjugal, par la suite, n'est pas toujours facile à déterminer, surtout si la femme reçoit le droit d'avoir un domicile distinct de celui de son mari (1). On serait donc obligé d'abandonner la notion de domicile matrimonial, pour se contenter du domicile de la femme, si, étant devenue française, elle réside en France. Mais le conflit reparaît alors, et l'avantage du domicile disparaît : la conciliation ne serait donc que partielle et incomplète. Dans ces conditions, la solution la plus satisfaisante serait, non pas de trancher des conflits, mais de les supprimer, plus exactement de les ramener à un type unique. Il faudrait alors abandonner complètement le principe de la nationalité pour adopter la loi du domicile matrimonial, et, en cas de conflits mobiles, la loi du domicile commun aux deux époux. C'est un problème très complexe, qu'on ne peut éviter d'aborder. Nous

(1) V. article 108 projeté du C. civ.; Bulletin de la S. d'Et. Lég. 1930, p. 177; v. ci-dessus p. 58.

le retrouverons à la fin de cette étude, mais ce qu'il importe de faire ressortir dès maintenant, c'est l'impossibilité à peu près absolue où l'on se trouve de résoudre les conflits mobiles en faisant appel à la seule loi nationale. Leur fréquence, leur complexité, démontrent l'intérêt encore plus pratique que doctrinal, qui s'attacherait à une solution unique, applicable dans tous les cas, et qui comporterait nécessairement le retour à un statut matrimonial commun aux deux époux.

SECTION IV

LES CONFLITS D'ANNEXION

Sur le même plan que les conflits mobiles proprement dits, dont ils diffèrent surtout, nous l'avons vu, par leur cause originelle et les conditions dans lesquelles ils prennent naissance, on rencontre les conflits qui se posent à la suite d'une annexion d'une cession ou d'un démembrement de territoire (1), qui entraînent pour les nationaux de l'Etat démembré habitant sur le territoire annexé, un changement de nationalité, compliqué d'ailleurs par l'exercice du droit d'option qui leur est généralement reconnu (2). Nous ne pouvons entrer dans l'examen de ces questions, et nous supposerons que l'annexion a entraîné un changement de nationalité dans la personne des deux époux. première situation, ou de l'un d'entre eux, deuxième situation à examiner.

(1) V. le Rep^{re} de D. I., V^o Annexion, V^o Alsace et Lorraine.

(2) Ibid. V^o Annexion, n^{os} 441 s. et V^o Alsace et Lorraine, n^{os} 8 s.; mais les Alsaciens et Lorrains réintégrés de plein droit n'ont eu aucun droit d'option, (Art. 54 al. 1^{er} du traité de Versailles, et § 1 de l'Annexe).

§ 1, — *L'annexion entraîne un changement de nationalités
pour les deux époux*

Lorsque les époux ne veulent ou ne peuvent conserver leur nationalité primitive, ils sont soumis à la loi de l'état annexant. La condition de la femme dépendra également de cette loi, pour les actes postérieurs à l'annexion. Au contraire, pour les actes antérieurs, et leurs conséquences, par exemple dans l'exercice de l'action en nullité. La Cour de Cassation (1) a implicitement consacré cette règle, s'agissant d'époux sardes devenus français en 1860. D'après l'article 130 du Code civil Sarde la femme mariée ne peut contracter, sans autorisation maritale, pour les actes excédant la pure administration. C'est un régime identique à celui du Code Civil. En 1846, elle avait donné à son mari une procuration qu'il n'avait pas autorisée, et par conséquent non valable ; la Cour a jugé que les actes passés en vertu de cette procuration devaient être annulés ; et elle a cassé un arrêt de la Cour de Chambéry qui avait décidé en sens contraire.

Aux actes postérieurs à l'annexion, par contre, c'est la loi nouvelle qui s'applique.

Ainsi, la Cour de Chambéry (2) a décidé qu'une femme sarde était soumise à la loi française pour les actes passés après 1860 ; en conséquence, elle a pu valablement s'engager pour son mari sans autorisation de justice, par application de l'article 217 du Code Civil, sans qu'il y ait lieu de tenir compte de l'article 2054 du Code civil sarde, qui, reproduisant les prescriptions du Sénatus Consulte Velléien interdisant à la femme de cautionner sans autorisation de justice les engagements contractés par son mari.

Mais la question qui se pose est de savoir quelle loi va régir désormais le régime matrimonial des époux ; lequel

(1) Cass. Civ. 1^{er} février 1864, S. 1864, 1, 225, Chambaz contre Caille.

(2) Chambéry, 19 novembre 1877, cl. 1878, 160, S. 1878, 2, 5, Duchesne contre Brazier.

nous le savons, exerce une grande influence sur la capacité de la femme. La jurisprudence est bien fixée (1) : Le régime matrimonial des époux reste soumis, qu'il soit légal ou conventionnel, à la loi sous l'empire de laquelle a été contracté le mariage. Il constitue donc un droit acquis que l'annexion n'a pu modifier.

Les règles du régime matrimonial et les dispositions de la loi nouvelle vont donc se combiner pour déterminer la condition de la femme. C'est une question de qualification à résoudre par la *lex fori*, comme nous le verrons dans la Deuxième Partie de cette étude.

Ainsi, la Cour de Chambéry, en 1877 a estimé que la prohibition velléienne était un statut personnel, soumis à la loi nouvelle, tandis que, par exemple, l'aliénation des biens dotaux d'une femme sarde reste réglée, après l'annexion par les dispositions de la loi sarde (2).

Il convient d'ailleurs de signaler ici une réserve pratiquement très importante : la loi nouvelle ne s'appliquera que s'il n'y a eu aucun texte réglant la question. C'est notamment ce qui s'est produit pour la récupération de l'Alsace et de la Lorraine en 1918, en vertu de nombreux textes, et en particulier de la loi du 1^{er} juin 1924 ; celle-ci, d'ailleurs, soumet les femmes mariées au régime du Code Civil à partir du 1^{er} janvier 1925, ainsi qu'il ressort de l'article 115 § 2, qui dispose que la capacité des personnes sera régie par les lois françaises à partir de leur mise en vigueur ; les actes accomplis antérieurement demeureront d'ailleurs valables s'ils ont été passés conformément à la loi locale (argument art. 99 de la loi d'introduction civile) (3).

Il en serait de même pour le régime matrimonial (4).

(1) Cass. req. 14 juillet 1863, S. 1863, 1, 333, Barral ; 12 juin 1874, S. 1878, 1, 35, Ikelheimer, etc.

(2) Chambéry, 2 juin 1891, Cl. 1895, 1036, Pichat.

(3) Rep^{re} de D. I., V^o Alsace et Lorraine, n^o 320.

(4) La loi de 1924 art. 127-128), a maintenu le régime matrimonial des Alsaciens et Lorrains qui, au 1^{er} janvier 1926, n'auraient pas opté pour un régime français.

§ 2. *L'annexion maintient ou crée une dualité
de nationalités entre les époux*

Si l'on admet que la femme jouit d'un droit d'option distinct de celui de son mari (1), qu'elle exerce avec l'autorisation de ce dernier, ou, à défaut de la justice, il pourra très bien arriver que l'annexion ait pour effet de créer entre les époux une différence de nationalité, la femme gardant sa nationalité primitive, le mari prenant celle de l'Etat annexant, ou inversement.

On peut même supposer que les époux étaient dès le début du mariage de nationalités différentes, et, dans ce cas, l'annexion ne ferait que maintenir la dualité de nationalités des époux.

Il s'agit de savoir comment on peut résoudre les conflits, qui se posent quant à la condition de la femme, à la suite de cette annexion aux effets limités à l'un des conjoints.

Un point reste acquis : le régime matrimonial ne subira aucune modification, sauf les dispositions contraires d'un texte spécial. Mais quelle loi va décider désormais de la capacité de la femme : la loi ancienne ou la loi nouvelle ?

Si la loi ancienne était commune aux deux époux, il y a de bonnes raisons de la maintenir, au point de vue juridique du moins. Mais il est plus que probable que l'Etat annexant appliquerait sa propre loi, que ce soit le mari ou la femme qui ait conservé sa nationalité.

Si au contraire, il n'y a jamais eu de statut commun, on n'aperçoit aucun principe satisfaisant. Il est hors de doute que l'application de la loi du domicile conjugal trancherait la difficulté ; cette solution aurait l'avantage de la simplicité et de l'unité. De plus, la loi du domicile conjugal coïncidera le plus souvent avec la loi personnelle de l'époux qui a accepté les conséquences de l'annexion ; le

(1) En ce sens, Weiss, *Traité*, t. I, p. 604, 606 ; Despagnet, *Précis*, 5^e éd., par de Boeck, n° 146 ; Audinet, *Principes*, 2^e éd., n° 132 ; Contra : Aubry et Rau, § 75 bis, note 11, t. I, p. 452.

principe de la loi nationale trouverait donc encore une demi-application.

Ici encore, il ne faut pas se dissimuler que l'Etat annexant appliquerait sa propre loi, mais c'est un système inadmissible même en tenant le plus grand compte des intérêts politiques : Voici par exemple des époux de nationalités différentes : la femme a conservé sa nationalité en se mariant ; plus tard le pays où ils étaient établis subit une annexion : le mari seul change de nationalité : il serait excessif d'appliquer la loi actuelle du mari, sous prétexte d'intérêts politiques ou de prépondérance maritale, en sacrifiant ainsi les intérêts de la femme. Ce n'est qu'au cas où cette loi coïncide avec le domicile des époux qu'on pourra lui reconnaître compétence.

Ce sont là des hypothèses théoriques, mais il est bien évident que si une annexion de territoire venait à se produire aujourd'hui, les modifications qu'a subies la réglementation internationale des rapports entre époux compliquerait étrangement la situation.

En somme, l'annexion, sous ses diverses formes, a des effets analogues à la naturalisation. Elle exclut seulement lorsqu'elle conduit à l'application de la loi nouvelle, la réserve du cas de fraude, et, de plus, elle peut être accompagnée de dispositions qui modifient le jeu normal des règles de conflit.

CHAPITRE IV

Les conflits nés des contrariétés de nationalités

L'application de la loi nationale aux rapports entre les époux et en particulier à la condition de la femme mariée suppose une condition préalable, qui, jusqu'à présent se trouvait réalisée : l'existence d'une nationalité certaine et déterminée chez les époux, qu'elle leur soit commune ou qu'elle soit propre à chacun d'eux. Cette condition est nécessaire non seulement au début du mariage, mais encore pendant toute sa durée. Sinon, la règle, se trouvant sans fondement d'application, peut devenir inutilisable.

C'est précisément ce qui pourra se produire dans deux cas, qui proviennent de la diversité des droits positifs quant à la réglementation de la nationalité : ou bien il y a conflit positif, lorsque les époux ou l'un d'eux sont revendiqués comme sujets par deux ou plusieurs états différents ; c'est la nationalité double ou multiple ; ou bien au contraire, les deux époux, ou seulement l'un d'eux, sont repoussés comme nationaux par les législations de tous les pays auxquels ils ont été rattachés ou veulent encore l'être.

Sans étudier ici leurs inconvénients et leurs modes possibles de solution, constatons que ces deux catégories de conflits, plus exactement de contrariétés de législations, sont la conséquence nécessaire et inévitable de la souveraineté des Etats, qui se traduit avec une force extrême dans la réglementation que chacun d'entre eux édicte en matière de nationalité, et qui constitue le fondement de leur existence et de leur durée.

Ceci nous indique qu'encore une fois les éléments politiques jouent un grand rôle dans la solution de ces divers conflits, et souvent même, qu'ils seront les seuls à y intervenir.

Il nous faudra préciser ces quelques indications pour chacune des deux hypothèses, qu'on étudiera successivement.

SECTION I

LA NATIONALITÉ DOUBLE OU MULTIPLE

Le problème de la nationalité double ou multiple des époux se pose différemment, suivant, tout d'abord que l'un des époux ou les deux sont français ou étrangers, et suivant que la nationalité double ou multiple concerne les deux époux ou seulement l'un d'entre eux. Cette distinction, due uniquement à des raisons politiques, fait apparaître d'une façon très nette, la nature du lien qui existe entre la nationalité et le principe de la loi nationale : c'est presque, dirons-nous, un lien de droit public. En tout cas, le Droit International Privé n'est alors rien moins qu'international. Mais, comme on va le voir, c'est seulement dans le cas qu'on peut sortir cette incertitude de la difficulté. On commencera donc par étudier le cas où la nationalité française intervient (§ 1), et celui où au contraire elle est désintéressée (§ 2).

§ 1. *La nationalité française intervient*

Dans le cas où l'un des époux qui possède une double nationalité est considérée comme français par la loi française, toute difficulté disparaît, quand au conflit de nationalités proprement dit : le juge français, en présence d'un époux réclamé par la France comme un de ses ressortissants, ne peut que décider qu'il est français (1). On ne comprendrait pas qu'il pût en être autrement, à moins d'une convention internationale, apportant des restrictions d'ailleurs volontaires, à la souveraineté absolue de l'Etat (2).

(1) Cf. *Bartin, Principes*, § 226, t. II, p. 20-21.

(2) Un exemple en est fourni par la Convention franco-belge sur la nationalité de la femme mariée, entrée en vigueur le 24 août 1930. (Cl. 1930, 1193, et commentaires de M. Dreyfus, *ibid.*, 311 s.).

Il en est ainsi dans tous les cas, soit que la double nationalité existe dès le mariage, pour les deux époux ou seulement l'un d'entre eux, quelle que fût la nationalité de l'autre, soit encore que le conflit survienne pendant le mariage, à la suite d'une naturalisation en France ou à l'étranger concernant les deux époux ou l'un d'eux.

C'est alors la loi française qui s'applique dans les conditions qu'on a déterminées précédemment.

§ 2. *La nationalité française est désintéressée*

Lorsque l'intérêt politique de la France, considérée comme l'état national disparaît, on peut se demander si le juge français saisi d'un tel conflit, directement, ou par suite d'une demande en exequatur, ne devra pas au préalable résoudre le conflit de nationalités, tout au moins, prendre parti sur lui, dans le seul but d'appliquer une loi nationale qu'il ne peut déterminer autrement.

En admettant même qu'il puisse en être ainsi, il faut remarquer que le problème ne se pose pas du tout pour les époux, comme il se poserait à propos d'un individu considéré comme tel. En effet, la plupart du temps, la situation se ramène aisément à celles qu'on a étudiées aux Chapitres précédents. Il en est ainsi chaque fois que, des deux époux, l'un possède une nationalité certaine (1) sur laquelle le juge français ne saurait concevoir aucun doute. Ce sera évidemment le cas le plus fréquent. Il suffira d'énumérer les diverses combinaisons auxquelles il se prête puisqu'aucune question nouvelle ne se pose ; nous distinguerons deux hypothèses : celle où la femme prend la nationalité de son mari, et celle où au contraire le mariage maintient la divergence de nationalités des époux.

Lorsque tout d'abord la femme prend la nationalité de son mari, le conflit peut ne pas exister dès le mariage : tel sera le cas lorsque la nationalité du mari au jour du mariage est unique. C'est la loi correspondante qui formera le sta-

(1) V. Champcommunal, Rev. de D. I. P. 1929, p. 10.

tut des époux, et elle devra être maintenue si, par la suite, une naturalisation intervient qui a pour effet de donner à l'un des époux une double nationalité. Ainsi le mari se fait naturaliser seul, mais, tandis que la loi de sa nouvelle patrie étend les effets de cette naturalisation à la femme, la loi ancienne considère toujours cette dernière comme sa ressortissante. Ou bien encore la femme se fait naturaliser seule, mais cette naturalisation, est, au regard de l'état auquel les époux appartenaient, tous deux, nulle et non avenue, encore que régulièrement obtenue aux yeux de la loi nouvelle de la femme. De même si la double nationalité atteignait les deux époux, en conséquence d'une naturalisation simultanée, contestée par leur pays d'origine. Le juge français n'a pas à prendre parti sur les conflits qui peuvent s'élever quant à la nationalité des époux ainsi réclamés par deux, et même plusieurs pays étrangers.

Il possède un élément certain de décision : le principe de l'unité et de la stabilité du statut matrimonial, devant lequel s'effacent des intérêts politiques divergents et impossibles à départager. Il importerait peu que cette solution ne fut pas reconnue par l'Etat auquel appartient l'époux prétendûment naturalisé.

Lorsque le mariage ne fait pas acquérir à la femme la nationalité de son mari, le conflit peut s'élever dès l'origine, si l'un des époux possède une double nationalité ; mais ici encore, il existe une loi nationale déterminée, celle de l'époux qui possède une seule nationalité. C'est elle qui s'appliquera, pour les mêmes raisons que tout à l'heure, encore qu'il soit plus difficile de se décider ainsi, puisque précisément, lorsque la femme conserve sa nationalité, on peut soutenir à bon droit qu'elle doit continuer à bénéficier des dispositions de sa loi nationale et non pas se soumettre à celle de son mari, quoique celle-ci soit seule déterminée. L'objection est particulièrement juste lorsque la femme, d'après sa loi nationale conserve sa nationalité en se mariant, alors que la loi de son mari lui fait suivre la nationalité de ce dernier. Il en serait ainsi pour une femme russe qui épouserait un polonais, sans avoir fait de décla-

ration concernant sa nationalité : d'après l'article 103 du Code de Famille russe, elle reste russe, mais, d'après la Loi polonaise du 20 janvier 1920, articles 4 et 7, elle devient polonaise. Néanmoins, on ne peut trancher le conflit que par l'application de la loi du mari, puisque, pour le juge français, la question ne sort pas du terrain des principes.

Si c'est au contraire le mari qui possède deux nationalités, on devra appliquer la loi de la femme, qui est la seule connue. On ne peut pas maintenir dans ce cas la compétence de la loi du mari, dont la certitude était tout à l'heure le seul avantage.

C'est encore le principe de la stabilité du statut matrimonial qui permettrait de résoudre les conflits qui s'élèveraient au cours du mariage, à condition toutefois que la loi primitivement applicable puisse être maintenue : il en serait ainsi au cas où l'époux qui possède une double nationalité se fait naturaliser. Il n'y aurait pas non plus de difficulté si les époux venaient à acquérir tous deux une seule et même nationalité ; dans ce cas, il y aurait lieu à un changement de loi applicable, mais au profit de l'unité du statut matrimonial enfin acquise.

En somme, chaque fois que l'on peut se rattacher à une loi nationale bien déterminée, c'est elle qui doit être appliquée, sans qu'il y ait lieu de s'occuper des conflits de nationalités qui peuvent surgir. Il ne peut en être autrement.

Au contraire, lorsque cet élément de décision disparaît, il y a lieu de savoir si, avant le conflit de lois proprement dit, il ne faut pas prendre parti sur la nationalité qui déterminera la loi applicable.

Tel serait le cas si la femme suivait la nationalité de son mari. Celui-ci possède deux ou plusieurs nationalités ; le conflit se pose dès le début, et il peut se prolonger pendant toute la durée du mariage et même se compliquer d'une naturalisation ou bien encore, si la femme conservant sa nationalité en se mariant, possède ainsi que son mari, deux nationalités, sans parler ici encore de la possibilité d'une naturalisation postérieure. Ces hypothèses ont

évidemment un caractère théorique mais l'évolution des systèmes législatifs sur la nationalité leur ôtent toute invraisemblance.

Si l'on résoud, ainsi le conflit de nationalités, pour appliquer ensuite la loi du mari, il ne s'agit plus que d'une hypothèse de nationalité double ou multiple concernant un individu, en l'espèce, le mari à quelque moment que l'on se place.

Il y a un système qui consiste à faire prévaloir la nationalité étrangère dont la conception se rapproche le plus de la nôtre (1). Mais cette application de la théorie des qualifications à la matière de la nationalité n'est pas décisive, car la loi de 1927 est fondée sur la combinaison des deux principes du *jus soli* et du *jus sanguinis* (2), de sorte que le système est inapplicable.

On a également songé à faire prévaloir la nationalité qui correspond au domicile ou à la résidence habituelle (3) mais encore faut-il que cette coïncidence existe, et d'ailleurs, c'est un système assez arbitraire, quoique assez simple. Il est par conséquent assez difficile de s'en contenter.

Il serait préférable de déterminer la nationalité en considération du but précis qu'on se propose d'atteindre dans chaque cas (4). C'est un système plus souple et mieux adapté aux faits, et qui s'appuie sur cette idée que le juge français n'a pas à prendre parti entre des dispositions qui correspondent à des souverainetés différentes, également légitimes à ses yeux. En droit, il se désintéresse donc de

(1) Weiss, Rapport à l'Inst. de D. I. Annuaire 189 L - 95, t. XIII, p. 167 b.

(2) Les enfants nés à l'étranger d'un français sont français : *jus sanguinis*; les enfants nés en France d'un étranger qui y est né sont français : *jus soli* (art. 1^{er} de la loi de 1927).

(3) En ce sens, Weiss, traité, t. I, p. 274, p. 678; Audinet, Principes, 2^e éd., p. 259; Adde, Projet de la 6^e conférence de la Haye, 1928, art. 9 ter (J. de la Morandière, Cl. 1928, 284).

(4) Bartin, Principes, § 227, t. II, p. 23-26.

la question. Mais puisque l'article 4 du Code civil lui ordonne de statuer, il prendra parti en fait, et pour cela, « il faut et il suffit qu'il se demande quelle est, de ces nationalités concurrentes, celle à laquelle l'individu entend se rattacher, celle à laquelle il est vraisemblable en fait que cet individu entend ou a entendu se rattacher, pour la protection de sa personne civile et de ses intérêts de famille » (1).

C'est une solution de fait, et rien de plus, car il ne peut en être autrement.

Mais on ne voit pas comment interpréter la volonté de l'individu, en l'espèce, du mari, autrement que par la fixation de son domicile, ou, à défaut de sa résidence habituelle, en ce qui concerne ses intérêts de famille. Du moins, est-ce une présomption qui s'impose avec une grande force. Dès lors, il devient inutile de prendre parti, même indirectement, sur la nationalité, ne serait-ce qu'en vue d'une espèce déterminée : Le juge se désintéressera entièrement de la question, et il tranchera le litige par application de la loi correspondante au domicile des époux, domicile matrimonial, ou domicile conjugal par la suite.

C'est la mise à l'écart de la loi nationale mais pour des raisons de fait. Au surplus, lorsque le domicile concordera avec une ou plusieurs des nationalités rivales, le principe reçoit une demi-satisfaction. Les intérêts des époux et des tiers, et ceux de l'Etat domiciliaire, étant seuls bien déterminés, méritent d'être pris en considération et la loi du domicile les satisfait beaucoup mieux que toute autre (2).

(1) Barlin, *op. et loc. cit.*, p. 25.

(2) Un arrêt de la cour d'Aix, 9 juillet 1903, S. 1906, 2, 257. Marrasch, a appliqué la loi du domicile à la capacité d'un sujet ottoman naturalisé anglais et domicilié en France. Cette solution, critiquée par M. Audinet (note au Sirey), et M. Niboyet, *Man.*, 2^e éd., n° 591, p. 706, note 3, est approuvée par Weiss, *Traité*, t. III, p. 177, et Pillet, t. I, n° 247.

Elle remplit parfaitement son rôle de loi personnelle subsidiaire tout comme lorsqu'il s'agit d'individus sans nationalité, comme nous allons le voir.

SECTION II

L'APATRIDIE

Le cas d'individus ne possédant plus aucune nationalité était relativement rare avant la guerre de 1914-1918. Il ne s'agissait que d'exceptions isolées, auxquelles toutes les législations s'efforçaient de remédier ; ainsi, la loi de 1889 sur la nationalité avait complété l'article 19 du Code Civil, dans les conditions qu'on a étudiées précédemment, afin d'éviter que la future épouse française, qui ne prenait pas, en conséquence du mariage, la nationalité de son mari, étranger, ne devint heimathlos au regard de la France comme au regard du pays de son mari. On rencontrait d'ailleurs, en pratique, certaines hypothèses encore plus curieuses, par exemple celle du mariage d'un italien et d'une française qui, devenue italienne par son mariage, avait perdu, en conséquence, de la nationalité de son mari en France, la nationalité italienne, sans redevenir française (1).

Dans cette espèce, il avait été décidé que ces époux étaient régis par la loi française, à titre de loi du domicile. Il eut sans doute été préférable de fonder la compétence de la loi française sur la naturalisation du mari car, chaque fois qu'un des époux possède une nationalité déterminée, c'est sa loi nationale qu'il faut appliquer.

Mais le problème a aujourd'hui changé d'aspect et son importance pratique est très grande, par suite des décrets de dénationalisation rendus les 26 novembre et 15 décembre 1921 par le gouvernement des Soviets, qui ont atteint

(1) Paris, 25 novembre 1913, Cl. 1914, 561; Gillardi (pour le divorce).

un grand nombre de russes émigrés. Plus particulièrement en France, où leur nombre atteindrait un demi-million, la présence de ces réfugiés pose de multiples questions (1). L'apatridie atteint alors chacun des époux, et ce n'est que dans ce cas qu'il faut déterminer la loi applicable à leurs rapports personnels.

On peut hésiter, semble-t-il, entre plusieurs lois différentes : celle qui correspond à la nationalité d'origine, lorsque toutefois elle est déterminée (2) ou encore, la loi du pays de naissance de l'apatride (3).

Mais la jurisprudence et la doctrine se prononcent généralement pour l'application de la loi du domicile ou à défaut, de la résidence (4). C'est la seule solution admissible pour les rapports personnels entre époux et l'incapacité de la femme. Elle a l'avantage de concilier les intérêts des époux avec ceux des tiers et au point de vue politique, ceux de l'Etat domiciliaire, qui sont les seuls à considérer, puisque l'Etat national a rejeté au dehors ses anciens ressortissants, et leur a refusé toute protection.

La circulaire du garde des Sceaux, en date du 28 avril 1925 (5) a recommandé cette solution aux Parquets pour les

(1) V. Audinet, Cl. 1925, 882 s. ; Champcommunal, Rev. de D.I.P. 1924, 312 s. ; Delchelle, Rev. de D. I. P. 1927, 238 s. ; Tager, Cl. 1931, 1122 s. ; Niboyet, note, S. 1926, 2, 89 ; Adde, Vindry, L'Apatridie, thèse, Aix, 1925.

(2) Pillet, Principes, p. 313.

(3) Vindry, Op. cit., p. 76.

(4) Aix, 3 juillet 1873, Cl. 1875, 273, Bensamon (sép. de corps) ; Paris, 25 novembre 1913, Cl. 1914, 561, Gillardi (divorce), etc., Demolombe, t. I, n° 172 ; Laurent, op. cit., t. III, n° 258 ; Féraud-Giraud, Cl. 1885, p. 388-391 ; Valéry, Man., p. 325 ; Surville, Cours élém., 7^e éd., par Arthuys, p. 250 ; Lerebours-Pigeonnière, Précis n° 343 ; Arminjon, Précis, t. II, p. 16 ; Bartin, Principes, § 290, note 3, t. II, p. 208 ; Adde : Cauwès, op. cit., p. 193 ; Lainé, Etude sur le titre Préliminaire du projet de Code Civil belge, Bull. de la Soc. de Législ. comp. 1890, 315.

(5) Cl. 1926, 233.

émigrés, et la 6^e conférence de la Haye a proposé d'ajouter à la Convention du 17 Juillet 1905 un article 3 ter, consacrant l'application de la loi du domicile, ou, à défaut, de la résidence habituelle⁽¹⁾.

Mais il y a lieu de tenir compte également de l'ancienne loi russe, en ce qui concerne le régime matrimonial (2) qui était d'ailleurs, à défaut de contrat, la séparation de biens.

C'est donc la loi française qui s'appliquera dans toutes ses dispositions à la condition de la femme, réserve faite des actes passés avant la reconnaissance « de jure » par la France du gouvernement des Soviets intervenue le 28 octobre 1924 (3), qui restent soumis à l'ancienne législation Russe, tout comme le régime matrimonial. Des actes passés sans autorisation par la femme resteraient donc valables, la femme russe n'étant frappée d'aucune incapacité par l'ancienne législation.

Cette solution a été consacrée par le Tribunal de la Seine, à deux reprises (4). Elle reste cependant assez douteuse, car l'application d'une loi qui n'a plus aucune existence est difficile à admettre (5). En tout cas, avant la reconnaissance du gouvernement des Soviets, il était impossible d'appliquer la nouvelle législation soviétique, et c'est la loi du domicile qui serait encore compétente, à partir de la dénationalisation, car c'est à cette date que l'Etat étranger a proclamé la rupture du lien qui existait entre lui et ses nationaux.

(1) J. de la Morandière, Cl. 1928, 284.

(2) Niboyet, Man., 2^e éd., n° 718; Delchelle, Rev. de D. I. P., 1927, 239; Tager, Cl. 1931, 1122 s.

(3) V. la circulaire du garde des sceaux.

(4) Trib. Civ. Seine, 11 juin 1921, Rev. de D. I. P., 1921, 519, Titoff; 9 décembre 1921, Rev. de D. I. P. 1922-23, 425, Tourmansky (pour le divorce).

(5) Champcommunal, De la condition des Russes à l'étranger, spécialement en France, Rev. de D. I. P. 1924, p. 331-336.

La loi du domicile reprend donc encore une fois son rôle de la loi personnelle subsidiaire, lorsque l'idée politique qui est à la base de l'application de la loi nationale n'existe pas ou n'existe plus.

Particulièrement au regard de la France qui pratique une politique d'assimilation, c'est un système très favorable aux intérêts français (1) et qui, au surplus, ne viole aucun principe. Il est donc peu discuté.

On va voir au contraire qu'une application de la loi du domicile, fondée sur des raisons toutes différentes, du moins si l'on accepte les arguments de la jurisprudence est beaucoup plus discutée, quoiqu'on puisse peut-être voir dans cette hypothèse des analogies avec cet abandon de souveraineté qui est la cause directe de l'apatridie : c'est la question du renvoi.

(1) C'est la solution adoptée à l'étranger par les pays d'immigration comme le Maroc (Dahir du 12 août 1913, art. 5), et la Suisse (loi fédérale du 25 juin 1891, art. 7 a).

CHAPITRE V

La question du renvoi

Lorsqu'en vertu de nos règles de conflits, la loi étrangère est reconnue compétente, comment faut-il comprendre cette référence ? S'agit-il de la loi étrangère dans des dispositions de droit interne, ou contraire dans ses dispositions de droit international privé ? Plus précisément, lorsque celles-ci attribuent compétence à une loi différente de celle que nos règles de conflits commandent d'appliquer, faut-il accepter ce renvoi de la loi étrangère, en particulier à la loi française, intervenant comme *lex loci*, *lex rei sitae*, ou loi du domicile ?

Le problème est si connu, il a été exposé et repris tant de fois (1), qu'il serait vain de le faire ici à nouveau. Néanmoins, nous nous arrêterons sur deux points.

Tout d'abord, dans une première section, nous examinerons les solutions de la jurisprudence, en ce qui concerne la capacité de la femme étrangère en France. Cette recherche nous permettra d'apprécier l'importance pratique de la question en notre matière.

Puis nous exposerons, dans une seconde section la conception la plus récente présentée sur la question et nous verrons s'il n'y a pas lieu de l'admettre.

SECTION I

LA JURISPRUDENCE

Si la jurisprudence a été parfois amenée à se prononcer sur la question du renvoi en ce qui concerne la femme mariée, il faut remarquer tout de suite que les décisions

(1) V. Rep. de D. I., V^o Renvoi, la bibliographie, et en particulier, Martin, Etudes, p. 83 s.

qui ont accepté le renvoi sont peu nombreuses. Nous les examinerons dans un paragraphe premier. Dans un second paragraphe, nous verrons comment au contraire les tribunaux ont été amenés à repousser le renvoi.

§ 1. *Les décisions en faveur du renvoi*

Ainsi, le Tribunal de Pontoise, dans une affaire Abdy contre Delpey (1) paraît admettre, d'après ses considérants, que la capacité de la femme mariée anglaise pourrait « s'il était constant qu'elle eût transporté définitivement son domicile sur la loi nationale, le Tribunal français saisi devra que la « loi anglaise soumet exceptionnellement l'état et la capacité des Anglais fixés à l'étranger à la loi de leur domicile ». Mais, ajoute le Tribunal, « attendu que lady Abdy ne réside en France que provisoirement, sa capacité dépend de la loi anglaise ».

La seule décision qui fasse une application bien nette de la théorie du renvoi à la capacité de la femme, a été rendue par le Tribunal de Pau (2) s'agissant de la validité d'une vente passée par la femme d'un citoyen américain, sans autorisation de son mari. « L'incapacité de la femme mariée, dit le Tribunal, est toujours de statut personnel, et, en Amérique, le statut personnel est déterminé non par la nationalité, mais par le domicile ; il en résulte que lorsqu'il s'agit d'un étranger appartenant à un Etat dont les lois font prévaloir, en matière de statut personnel la loi du domicile sur la loi nationale, le Tribunal français saisi devra faire à cet étranger, domicilié en France, application de la loi française. Il est de règle à peu près constante que les Tribunaux français appelés à statuer sur une question intéressant l'état ou la capacité des étrangers domiciliés en France, doivent, pour déterminer le statut applicable au litige, se reporter aux principes admis par la loi nationale

(1) Trib. civ. Pontoise, 11 juillet 1894 ; Cl. 1895, 105.

(2) Trib. civ. Pau, 28 juillet 1904, Cl. 1905, 195.

de l'étranger intéressé pour la solution des conflits de législation, de préférence à ceux consacrés par la loi française (1)... »

C'est la consécration expresse de la théorie du renvoi, limitée au statut personnel. Le Tribunal éprouve d'ailleurs le besoin d'ajouter que, comme il s'agit d'un contrat intervenu en France entre personnes de nationalités différentes (une américaine et des français) la loi française s'applique aussi comme loi locale « compétente non seulement quant à la forme des actes mais aussi quant à leurs conditions fondamentales ».

Si par conséquent le Tribunal admet implicitement le renvoi de la loi nationale à la loi du domicile, en matière de statut personnel, il y met une condition, celle de la fixation définitive du domicile des étrangers en France, formule d'ailleurs assez vague, sous son apparence simple.

S'agirait-il, dans l'esprit du Tribunal, d'une admission à domicile, ou d'un établissement de fait définitif ? Aujourd'hui, la question ne se pose plus, mais on peut bien admettre que cette décision porte la trace d'une théorie ancienne, d'après laquelle l'admission à domicile des étrangers en France les soumettrait à la loi française (2). Ce jugement n'est donc nullement décisif ; en tout cas, il ne fait qu'une allusion à la possibilité d'accepter le renvoi sans en préciser suffisamment les conditions.

La solution est donc assez incohérente et de plus, peu satisfaisante, puisque, la femme étant, d'après la loi américaine, soumise au régime de la séparation de biens, voit aussi réduire sa capacité aux limites de la loi française, ce qui est une combinaison peu harmonieuse des deux lois. Mais le Tribunal s'était contenté de soutenir que l'incapacité de la femme est de statut personnel, et il est certain qu'il n'avait pas prévu cette objection.

(1) Cl. 1905, p. 197.

(2) Proud'hon, *Etat des Personnes*, t. I, p. 190 ; Valette, sous Proud'hon, *ibid.*, p. 194, note a ; Demangeat, sous Foelix, t. I, p. 58.

Il faut donc reconnaître que cette unique décision n'est ni convaincante ni satisfaisante en pratique. Sans doute a-t-elle été motivée par ce fait que la femme avait commencé par vendre un terrain sans autorisation maritale, puis, quelques mois après, l'avait revendu à d'autres acquéreurs, avec, cette fois l'autorisation de son mari, en touchant un fort acompte sur le prix. Mais cette considération ne suffisait pas à justifier une telle solution, puisque le Tribunal pouvait toujours ordonner la restitution. C'est d'ailleurs le plus souvent ce qui se passe lorsque les Tribunaux acceptent le renvoi : ils en donnent des raisons très faibles, et la seule qu'on puisse dégager de leurs considérants (1), c'est qu'en réalité le renvoi est un moyen commode d'appliquer la loi française, qu'ils connaissent mieux et pour laquelle ils ont naturellement une préférence qui va parfois jusqu'au mépris des principes.

§ 2. *Les décisions qui ont refusé le renvoi*

On ne relève qu'une décision qui ait refusé expressément d'appliquer le renvoi, en ce qui concerne la capacité de la femme mariée étrangère en France. Elle a été rendue par le Tribunal de la Seine (2) qui a ainsi soumis la capacité d'une femme mariée anglaise domiciliée en France à la loi anglaise ; l'espèce était d'ailleurs intéressante, car il s'agissait d'époux soumis par contrat au régime de la communauté légale, puis séparés de biens judiciairement. La femme avait fait des achats de vêtements, qu'elle n'avait pas réglés, mais qui, antérieurement à la séparation de biens, n'engageaient que la communauté.

Dans ses conclusions (3), le substitut Vuébat avait proposé d'admettre en principe le renvoi, pour cette raison

(1) V. notamment les deux arrêts rendus par la Cour de Cassation dans l'affaire Forgo, Civ., 24 juin 1878, Req., 22 février 1882. Cl. 1879, 284 et Cl. 1883, 65 et dans l'affaire Soulié, Req. 1^{er} mars 1910, Cl. 1910, 888.

(2) Trib. civ. Seine, 10 février 1893, Cl. 1893, 530, Anonymes.

(3) Cl. 1893, p. 531, 2.

qu' « autrement on pourrait être fort embarrassé pour se prononcer sur l'état et la capacité en France des anglais et des citoyens des Etats-Unis ». Mais, ajoutait-il, « accepter le renvoi pur et simple à notre législation, c'est renverser le Code Civil pour aboutir à une injustice vis-à-vis du créancier qui sera traité moins bien parce qu'il poursuit un anglais en France, que s'il poursuivait un anglais en Angleterre »². « Il y a donc lieu d'accepter le renvoi, mais avec cette restriction que l'anglais ne pourra invoquer en France des droits dont il n'aurait pu se prévaloir en Angleterre, ni demander l'application de dispositions qui n'ont pas d'équivalent dans le droit anglais ». En conséquence, le substitut refusait à la femme de réclamer la nullité d'un engagement pris par elle sans autorisation, les articles 215 et suivants du Code Civil n'ayant pas d'équivalent en Angleterre. Il semblait ainsi en faire des droits civils réservés aux seules Françaises et cette singulière conception s'ajoutant à la restriction apportée à la théorie du renvoi, n'était guère séduisante.

Aussi le Tribunal rejeta-t-il le principe même du renvoi, en se basant sur ce fait que la règle n'était pas certaine, d'après le « Common law », interprétée par la jurisprudence anglaise, dans laquelle on pouvait relever seulement une tendance « qu'on ne peut qualifier de loi anglaise ». De plus, on ne saurait accepter le renvoi, parce que « la règle que la loi nationale régit l'état et la capacité des étrangers en France, doit être observée pour des motifs supérieurs de raison et de justice », et que le « législateur français, dans l'exercice de sa souveraineté, a posé une règle impérative à laquelle on ne saurait substituer la conception différente d'une loi étrangère ».

Les formules sont extrêmement nettes, mais elles ne sont guère plus convaincantes que celles employées par le Tribunal de Pau : que les Tribunaux acceptent ou repoussent le renvoi, leur raisonnement reste insuffisant.

A cette décision qui a expressément rejeté le renvoi, il faut ajouter, toutes celles qui ont appliqué purement et simplement la loi nationale à la capacité de la femme

étrangère en France, plus spécialement de la femme anglaise ou américaine, écartant ainsi implicitement la thèse du renvoi. Mais on peut se demander quelle valeur il convient de leur attribuer, car elles n'ont probablement statué ainsi que parce que la question n'avait été soulevée ni par les parties, ni par le Ministère Public.

Le problème du renvoi n'a donc pas pour la capacité de la femme l'importance qu'il a par exemple pour les successions. En effet, l'avantage qu'il y a à soumettre à la loi française des femmes entièrement capables d'après leur loi nationale, ne se conçoit guère, au point de vue pratique : c'est la situation inverse de celle qu'on rencontre dans la théorie de l'intérêt national, consacrée par l'article 18 du projet de la Société d'Etudes Législatives (1). C'est donc surtout parce que les Tribunaux préfèrent appliquer la loi française, qu'il leur semble difficile de « refuser le cadeau » (2) argument sans doute assez peu juridique, mais qui explique fort bien pourquoi le renvoi fonctionne d'après la jurisprudence de la loi nationale à la loi du domicile, et plus particulièrement en matière de statut personnel et de succession au profit de la loi française, ce qui lui permet de sortir du cercle vicieux dans lequel, non sans logique, les adversaires du renvoi veulent l'enfermer : en effet, si on accepte le renvoi pur et simple, au premier degré, on peut tout aussi bien accepter le renvoi une seconde fois : la loi nationale renvoie à la loi du domicile, la loi du domicile renvoie à la loi locale... et ainsi de suite. Il n'y aurait plus de raison de s'arrêter : mais la jurisprudence se limite au premier degré, et n'entend pas faire bénéficier du cadeau une autre loi étrangère.

A contre-cœur, elle allait appliquer la loi étrangère ; or, celle-ci fournit un moyen plus ou moins discutable de revenir à la loi française, comment ne pas l'utiliser ?

(1) V. ci-dessus, p. 60.

(2) C'est l'expression du conseiller Denis dans son rapport devant la Cour de Cassation (affaire Soulié, Cl. 1910, 888).

C'est donc un retour non dissimulé à la doctrine de la courtoisie, et un sérieux obstacle aux progrès du Droit International Privé. Mais, sous ces apparences, n'y a-t-il pas des raisons plus sérieuses qu'on peut invoquer en faveur du renvoi ? Plus exactement, la question n'est-elle pas mal posée ? Un auteur l'a pensé, et a entrepris de la présenter sous un aspect nouveau (1).

SECTION II

LE RENVOI ET LA COMPÉTENCE SUBSIDIAIRE

DE LA LOI DU DOMICILE

La conception du renvoi telle qu'on la trouve dans la jurisprudence est indéfendable ; le renvoi est une mauvaise formule, mais, dans les solutions auxquelles il conduit, il n'est pas impossible de trouver quelque chose de très différent. Voici comment on peut présenter le raisonnement de M. Lerebours-Pigeonnière.

Les conflits de lois mettent en jeu tantôt des intérêts purement privés, tantôt des intérêts politiques. Il en est ainsi en particulier pour le statut personnel. C'est là une proposition irréfutable, dont nous avons maintes fois déjà vérifié l'exactitude.

Or, à quels intérêts l'application de la loi nationale au statut personnel correspond-elle ? Aux intérêts privés ? Certainement pas. A ce point de vue, c'est la loi du domicile qui doit avoir la préférence : elle est la mieux placée pour remplir le rôle de protection, qui doit être celui d'une bonne loi personnelle, elle est plus commode à appliquer, et ne présente pas moins de stabilité que la loi nationale.

Si, par conséquent le Code Civil fait prévaloir la loi nationale, c'est qu'ici les intérêts privés se trouvent en conflit, avec les intérêts politiques de l'Etat national, qu'il considère comme les plus forts. Mais cette façon de poser

(1) V. Lerebours-Pigeonnière, Observations sur la question du renvoi, *Cl.* 1924, p. 877 s. et *Précis*, n° 267, p. 235 s.

les termes du conflit n'est peut-être pas satisfaisante : à côté de l'intérêt de l'Etat national ; il y a celui de l'Etat domiciliaire : il n'est pas moins considérable. C'est la protection de tous ceux qui, nationaux ou étrangers, résident habituellement sur son territoire.

Il peut donc se faire que la conception française du lien essentiellement politique de la nationalité qui unit les individus à l'Etat, ne se retrouve pas dans la législation d'un état étranger, et dans ce cas, nous sommes parfaitement fondés à appliquer dans nos rapports avec cet état une règle de conflit différente : la loi du domicile jouera aussi le rôle de loi personnelle subsidiaire que nous lui avons déjà vu remplir à plusieurs reprises. Appliquer la loi nationale serait en effet un non-sens : ni les intérêts privés, ni les intérêts politiques, ni la justice enfin, ne s'en trouveront mieux respectés.

Il en sera ainsi dans nos rapports avec des Etats qui comme l'Angleterre ou les Etats-Unis, font de la nationalité un lien purement utilitaire entre l'Etat et tous ceux qui vivent pour son territoire : lorsqu'un ressortissant de ces pays réside en France, c'est la loi française qui le régira à titre de loi personnelle.

On ne peut plus, dans ces conditions, parler de renvoi ; la loi applicable n'est pas celle que désigne le Droit International Privé de l'Etat étranger, elle trouve sa compétence dans notre propre système de conflits : la loi de la résidence habituelle, compétente pour les apatrides, le sera aussi bien pour les étrangers « dont la nationalité ne comporte pas par sa nature l'autorité de la loi nationale ».

« L'Etat dans lequel un individu a fait son établissement principal et vit habituellement est celui qui a intérêt légitime à réclamer la compétence de l'absence d'intérêt politique prédominant de l'Etat national ».

C'est, en somme, une adaptation de notre système de conflits, à l'état imparfait de la communauté de droit qui existe entre les Etats, quant à la conception de la nationalité. La règle se justifie de plus comme règle de rétor-

sion (1), puisque l'Etat étranger dont il s'agit ne soumet pas le statut personnel du français domicilié sur son territoire à la loi française ; la justice qui doit dominer nos règles de rattachement est une justice distributive, accordant aux nationaux de chaque Etat ce qui en fait leur est dû ; elle est donc pleinement respectée. En conséquence, le reproche adressé au renvoi d'être une application de la courtoisie tombe par lui-même. On sort également du cercle vicieux dans lequel la théorie est enfermée : la loi subsidiairement applicable ne peut jamais déléguer sa compétence à une autre loi. La doctrine pourrait donc très bien, sans renier ses principes, approuver ces résultats, fondés eux aussi sur la justice, et sur le respect des souverainetés étrangères, mais tenant compte à juste titre des différences qui séparent les Etats quant à la conception de souveraineté. M. Lerebours-Pigeonnière le pense, du moins, mais la thèse qu'il défend n'en a pas moins été repoussée par M. Perroud (2), et par M. Bartin (3).

M. Perroud trouve incompréhensible que pour régler le statut personnel d'un étranger fixé en France, il y ait deux systèmes, dont, en réalité, l'un ou l'autre sera applicable suivant ce qu'aura décidé la loi étrangère : on ne peut plus dès lors soutenir que les systèmes de conflit restent indépendants. Mais indépendance ne signifie pas isolement, elle suppose bien plutôt la réciprocité dans les rapports entre Etats encore plus qu'entre les individus. Le reproche n'est donc pas fondé. De même la distinction entre les règles de conflits fondées sur l'idée de justice et celles fondées sur l'idée de souveraineté paraît, suivant M. Perroud, assez douteuse, et son résultat serait opposé à celui qu'on recherche : l'idée de souveraineté, dit-il, est la base des conflits de lois ; formule excessive qui méconnaît complètement la nécessité de tenir compte des intérêts privés, trop souvent sacrifiés à des intérêts politiques qui, dans la

(1) Lerebours, Précis, n° 272, p. 242.

(2) Cl. 1925, p. 656 s.

(3) Principes, § 84, t. I, p. 214 s.

formule de la loi nationale, ne sont pas toujours ceux de notre pays, dont seuls il faut se préoccuper. Mais, même en admettant cette dualité de règles de conflits, n'est-ce pas dans les questions où la souveraineté française intervient le moins qu'il faudrait admettre l'influence, même indirecte, de la loi étrangère? Or, la théorie proposée conduit au contraire, suivant M. Perroud, à appliquer la loi française comme loi du domicile, lorsque la souveraineté française est le plus intéressée, en considération de la règle étrangère s'effaçant, ou plutôt parce que notre système de conflit ne permet pas de la prendre en considération, à cause des différences profondes qu'elle implique, par rapport à notre conception. C'est un défaut de communauté juridique tout comme dans la théorie de l'ordre public, mais, quoiqu'en dise M. Perroud, la distinction entre et la compétence subsidiaire de la loi du domicile, reste facile à faire : le défaut de communauté juridique impliqué par la théorie de l'ordre public concerne les dispositions de droit interne, et non de droit international, ou plutôt de droit public. De plus, il y a loin de l'imprécision et de l'arbitraire de la notion d'ordre public à la simplicité et à la clarté de la règle nouvelle que propose M. Lerebours-Pigeonnière.

En réalité, ces critiques ont pour but de ramener la question sur le terrain incertain du renvoi. Certes, les solutions sont les mêmes, mais M. Lerebours-Pigeonnière a pris soin de le dire, et prétendre que c'est un retour au renvoi, c'est lui faire dire ce qu'il n'a pas dit. Sur ce terrain la conception reste indéfendable (1). Il ne s'agit pas d'autre chose que de l'application, à titre subsidiaire, de la loi du domicile et d'elle seule ; c'est une solution purement française, qui correspond tout à fait à la jurisprudence.

L'assimilation des étrangers, qui n'ont pas une nationalité justifiant l'autorité de la loi nationale à des apatrides qui n'ont plus aucune nationalité peut paraître excessive (2).

(1) Bartin, *Etudes*, p. 112 s. ; *Principes*, § 84, t. I, p. 219.

(2) Bartin, *Principes*, loc. cit.

Mais elle se comprend très bien si l'on admet que la compétence de la loi nationale, qui n'est pas la mieux adaptée aux intérêts en jeu, ne peut se justifier que par des considérations politiques qui font ici complètement défaut ; on a déjà rencontré un cas semblable : celui de la nationalité double ou multiple. L'intervention de la loi du domicile ne se défend donc pas moins bien ici, et il faut répéter que seule elle peut être appliquée à l'exclusion de toute autre. C'est justement pour cette raison qu'il ne faut plus parler de renvoi (1).

Il est donc inutile de savoir si la théorie peut s'étendre à d'autres matières que le statut personnel et de le contester, afin d'y voir une forme du renvoi limité au statut personnel, et au premier degré (2).

Quittant définitivement le terrain du renvoi, sur lequel la discussion, qu'on a eu tant de peine à déplacer ne saurait être douteuse, il semble difficile de contester le bien fondé de cette règle subsidiaire, qui tire sa compétence, non pas d'une loi étrangère, mais qui existe préalablement dans notre système de conflits : le rôle de la loi étrangère se borne à déclancher son application, tout comme dans les théories de l'ordre public et de qualifications.

Dans la théorie de l'ordre public, c'est le caractère des dispositions du droit étranger interne, inconciliable avec les nôtres, qui conduit à l'application de la loi française. Dans la théorie des qualifications, c'est la conception différente des deux législations sur la nature du rapport de droit en litige. Dans la compétence subsidiaire de la loi du domicile, c'est l'opposition des idées sur la nationalité et ses conséquences. Il n'y a plus, dès lors, d'opposition entre les trois principes fondamentaux de notre système de conflit. Dans chacun d'eux, le système exprime la somme des

(1) M. Bartin, *op. et loc. cit.*, en tire un argument contre la théorie. N'est-ce pas au contraire sa meilleure confirmation ?

(2) M. Bartin reconnaît, p. 217, que la solution échappe à l'objection du « cercle vicieux ».

obligations internationales de l'Etat Français (1). Mais surtout la compétence subsidiaire de la loi du domicile se comprend beaucoup mieux que l'intervention toujours arbitraire et souvent excessive de la notion d'ordre public, qui n'est, en fin de compte, qu'un moyen pratique — trop pratique — de revenir à la compétence de la loi française. C'est peut-être la même idée que nous retrouvons ici mais elle nous semble alors suffisamment établie au point de vue des principes.

Faut-il approuver cette tendance de la jurisprudence à appliquer le plus souvent la loi française? Nous n'étudions ici qu'un principe et déjà nous rencontrons, à côté d'incertitudes et d'obscurités, toute une série de réserves qui le réduisent souvent à un rôle secondaire. En réalité le Droit International Privé repose sur un paradoxe ; il faut appliquer la loi étrangère, tout le monde le reconnaît, mais des nécessités pratiques de toute espèce ramènent inévitablement le juge à appliquer sa propre loi. Dès lors, tout en restant dans certaines limites, n'est-il pas préférable de s'attacher à justifier autant que possible cette tendance bien légitime?

Or, il est certain que le principe de la loi nationale ne répond plus guère au but que doit se proposer le législateur, lorsqu'il entreprend de régler le statut personnel. Les atténuations qu'il a reçues de très bonne heure et plus encore, celles que la jurisprudence a dû lui apporter récemment, le démontrent d'une façon irréfutable.

Sans poser encore la question de savoir si un jour ou l'autre la règle ne devra pas être abandonnée, ce qu'on ne pourra résoudre qu'après avoir étudié dans le détail les solutions de la jurisprudence, concluons pour le moment que le rôle attribué dans notre système actuel de conflits à la loi du domicile, bien loin d'être réduit, doit plutôt être augmenté, à la condition toutefois d'en trouver une justi-

(1) C'est la formule donnée par M. Bartin pour les qualifications, dont il rapproche l'ordre public, en les opposant au renvoi, Principes, § 104, t. I, p. 291-292.

fication qui satisfera les principes. La théorie qui fait de la loi du domicile une loi personnelle subsidiaire nous paraît réaliser cette condition. Comment ne pas l'accepter?

L'étude qu'on vient de faire a ainsi permis de déterminer la loi applicable à l'incapacité de la femme considérée comme un statut personnel. Nous avons sans doute été amenés parfois à considérer la question sous l'aspect plus large des effets du mariage dans les rapports personnels des époux, abstraction faite du régime matrimonial. Mais, à bien des points de vue, l'institution n'en apparaît pas moins comme la plus typique; c'est en particulier pour elle que la nécessité de maintenir le principe d'unité et de stabilité du statut matrimonial s'impose le plus, et en réalité, c'est là le centre du problème.

Nous avons vu comment le principe avait été partiellement abandonné et comment on s'efforce d'y revenir. La Seconde Partie de notre étude va confirmer cette nécessité de s'appuyer sur une loi personnelle unique et déterminée autant que possible une fois pour toutes, en montrant d'une part, le rôle de cette loi dans la solution des conflits et d'autre part, la place qu'il convient de réserver aux autres lois, soit qu'elles aient un domaine bien délimité, soit plutôt qu'elles entrent en combinaison entre elles et avec la loi personnelle.

DEUXIEME PARTIE

Domaine et limites d'application de la loi personnelle

A côté de la loi personnelle, que l'on vient de déterminer, il faut, avons-nous dit, faire une place à la loi qui gouverne le régime matrimonial, à la loi de la situation des biens, à la loi locale, soit comme *lex loci actus*, soit comme loi applicable aux formalités de publicité, soit encore à titre de loi de police civile. C'est enfin et très souvent la loi du juge, saisi, qui fournit le critérium général d'application de chacune des autres, et qui, de plus, s'applique toujours aux dispositions d'ordre public international ; c'est en ce sens qu'il est vrai de dire que la compétence détermine la loi applicable, suivant le principe de Savigny.

Le juge français, à supposer qu'il soit compétent, peut être saisi directement de la question, lorsque la demande est portée devant lui, ou indirectement, à propos d'une demande en exequatur, d'une décision étrangère. Les mêmes principes s'appliqueront, et dans tous les cas.

Le criterium de distinction ne peut être fourni que par l'analyse des dispositions du droit français ; c'est le caractère que celui-ci attribue à chaque institution qui détermine la loi applicable. La distinction sera le plus souvent facile à faire, mais parfois aussi on pourra hésiter sur le rôle respectif qu'il convient d'attribuer, en conséquence de la qualification française, à chacune des lois qui peuvent intervenir. Il en est ainsi, en particulier, pour la loi qui gouverne le régime matrimonial. Laissant de côté, ainsi

que nous l'avons annoncé (1), la question de savoir quelle est cette loi, nous supposons qu'elle est différente de celle qui régit les effets personnels du mariage (2).

Au contraire, ni l'application de la loi locale, ni l'intervention de la *lex rei sitae* ne soulèvent de difficultés comparables : elles jouent un rôle secondaire assez bien délimité. En particulier, la *lex rei sitae* n'intervient jamais à titre principal. Elle apparaît dans le fonctionnement d'une institution dont le principe est toujours soumis à une autre. Il en est de même pour la loi locale lorsqu'elle régit la forme des actes. Ce n'est que lorsqu'elle s'applique impérativement qu'il peut en être autrement. Mais ce cas est assez rare, sinon exceptionnel.

Il en est ainsi, à plus forte raison, de l'intervention de l'ordre public international, dont le rôle, bien que peu important d'après la jurisprudence, doit être encore réduit, selon nous.

Dans ces conditions, toute classification un peu systématique comporte une part d'arbitraire : de toutes ces lois en conflits, il n'en est jamais une qui possède un domaine exclusif. Mais il reste possible d'assigner à chacune d'elle un domaine principal, où elle domine incontestablement les autres. Il en est ainsi pour trois groupes principaux d'institutions correspondant chacun à l'application d'une loi différente.

Les premières sont celles qui relèvent principalement de la loi personnelle. Ce sont les plus nombreuses et les plus importantes. On les étudiera dans le Chapitre Premier.

Dans une seconde catégorie, on peut classer les règles qui tiennent à l'organisation du régime matrimonial ; elles correspondent à l'application de la loi qui gouverne ce régime : nous déterminerons le rôle de cette loi dans un Chapitre II.

(1) V. ci-dessus, Introduction, p. 17.

(2) C'est la solution que donne la jurisprudence, critiquée d'ailleurs par une partie de la doctrine. V. sur ce point, Rép^e de D. I., V^o Communauté conjugale et contrat de mariage.

Avec un troisième groupe de dispositions, le problème se modifie : la capacité ne relève plus ni de la loi personnelle, ni de la loi du régime. On voit tout de suite qu'il ne peut en être ainsi que dans certains cas assez restreints ; mais, dans ces limites, on peut se demander en vertu de quelle idée on écarte, dans un pays donné, plus particulièrement la France, la notion de capacité régie par le statut personnel. On peut, semble-t-il, hésiter entre deux notions différentes : celle des lois de police et de sûreté, et celle des dispositions d'ordre public international. Nous verrons dans le Chapitre III comment on peut résoudre le problème.

CHAPITRE PREMIER

Le domaine de la loi personnelle

L'application de la loi personnelle est la seule qui convienne, suivant l'article 3, alinéa 3, au principe de l'incapacité posé par les articles 215 et suivants du Code Civil. C'est en un mot, tout le système, son fonctionnement, ses exceptions, et le contrepoids qu'apporte l'hypothèque légale à l'incapacité. Mais, à côté de l'incapacité du Code Civil, on trouve, on trouvait autrefois, plus exactement, un certain nombre d'incapacités spéciales établies par les lois étrangères, et qui se rattachaient toutes à l'ancienne prohibition velléienne. De telles dispositions font également partie du statut personnel, étant donné leur caractère de protection.

Il nous faudra étudier ainsi (1) l'incapacité générale (Section I).

Les exceptions au principe (Section II).

L'hypothèque légale, plus exactement, le droit de disposition reconnu à la femme sur son hypothèque légale (Section III).

Les incapacités spéciales (Section IV).

(1) Nous laissons de côté l'étude de diverses situations telles que les incapacités résultant de la minorité, de l'aliénation mentale, de même que la réglementation des contrats entre époux : ce sont des questions qui relèvent de la loi personnelle, en leur qualité de règles de capacité ou d'effets du mariage, mais leur fondement est tout différent de celui qui a été assigné à l'incapacité de la femme mariée proprement dite.

SECTION I

L'INCAPACITÉ GÉNÉRALE

L'application de la loi personnelle au principe même de l'incapacité s'étend nécessairement à son fonctionnement et à ses conséquences : c'est ainsi que la détermination des actes qui nécessitent une autorisation maritale, la possibilité d'obtenir une autorisation de justice, la sanction de l'incapacité, seront régies, en principe, par la loi personnelle.

Nous ne reviendrons pas sur le principe lui-même ; c'est un point qui a suffisamment été développé dans la Première partie ; mais nous étudierons séparément chacun des éléments qui viennent d'être distingués.

Au préalable, il faudra résoudre deux questions qui concernent toutes deux l'application de la loi étrangère.

La première est celle de savoir à quel moment s'apprécie la capacité de la femme, d'après la loi étrangère reconnue compétente.

La seconde consiste à se demander, lorsque les dispositions de la loi étrangère compétente sont inconnues, si la femme doit être présumée ou non incapable.

Nous étudierons ces questions dans un § préliminaire et dans un § 1^{er}, l'autorisation maritale, dans un § 2, l'autorisation de justice, et dans un § 3, la sanction de l'incapacité, réservant pour le moment l'influence qu'exerce la loi applicable au régime matrimonial sur les conséquences de l'autorisation (1).

(1) v. plus loin, Chapitre II.

§ *Préliminaire*

L'application de la Loi étrangère

I

A quel moment s'apprécie la capacité ?

La capacité s'apprécie, en règle générale, lors de la conclusion du contrat, ou lors de l'engagement du procès qui intéresse la femme, suivant qu'il s'agit d'un acte extrajudiciaire, ou d'un acte judiciaire.

La loi applicable, c'est donc la loi en vigueur à ce moment, mais on peut supposer que, dans l'intervalle qui sépare l'acte et la naissance du litige, la loi étrangère a été modifiée. Le juge français, saisi de ce litige, doit alors résoudre la question de savoir si la loi nouvelle va s'appliquer. C'est en réalité un problème de non-rétroactivité de la loi étrangère.

Lorsque celle-ci ne s'est pas prononcée expressément, le juge français applique sans difficulté le principe français de la non-rétroactivité des lois, suivant l'article 2 du Code Civil, comme aussi la règle que les lois interprétatives s'appliquent avec effet rétroactif. Ainsi le Tribunal de la Seine (1) a fait bénéficier la créancière française d'une femme anglaise dont la dette remontait à 1892, des modifications apportées à la loi anglaise du 18 Août 1882 par celle du 5 Décembre 1893 (2), parce que les termes de cette loi nouvelle et les conditions dans lesquelles elle était intervenue ont permis de la considérer comme interprétative.

Mais lorsque la loi étrangère s'est prononcée sur la question de non-rétroactivité, il y a lieu de respecter ses dispositions : la loi française ne peut intervenir qu'autant

(1) Trib. civ. Seine, 2 Juillet 1897, Cl. 1898, 363, Dame Garnier contre Dame Digby.

(2) V. ci-dessus, Introduction, p. 11.

que la loi étrangère a laissé « la place vide » (1). En effet, la règle de la non-rétroactivité des lois n'est pas d'ordre public international en France (2).

II

La présomption d'incapacité

La femme française est présumée incapable, d'après l'article 1124 du Code Civil. Mais le juge français est saisi d'un litige concernant une femme étrangère, soumise suivant le principe, à sa loi personnelle ; les parties n'ont pas pu, ou n'ont pas voulu fournir la preuve de son contenu. Quelle attitude devront alors adopter nos tribunaux ?

La jurisprudence a fait à cette question deux réponses opposées.

Un arrêt ancien de la Cour de Bruxelles (3), a estimé que les dispositions du Code Civil ne s'appliquaient pas aux femmes étrangères. En conséquence, une femme anglaise peut valablement être condamnée par les Tribunaux au paiement de la dette contractée envers un français, bien qu'elle n'ait reçu aucune autorisation maritale pour contracter ou pour ester en justice. Ce n'est qu'au cas de refus prouvé du mari que le tribunal aurait pu accorder une autorisation, sans avoir à entendre le mari.

La Cour de Bastia (4) tient exactement le même raisonnement : les articles 215 et suivants ne s'appliquent pas aux femmes étrangères ; une femme sarde n'a besoin d'aucune autorisation maritale pour ester en justice, « dès

(1) *Bartin*, Principes, § 117, t. I, p. 299-300.

(2) En ce sens, *Trib. civ. Alpes-Maritimes*, 30 Mai 1928, *Cl.* 1929, 374, *Epoux Lisiecky*.

(3) *Bruxelles*, 29 Août 1811, *S.* 1812, 2, 264, *Perdrizet contre Smith* (v. ci-dessus Première Partie, p. 40).

(4) *Bastia* 16 Février 1844, *D. P.* 1844, 2, 63 (ci-dessus Première Partie, p. 41).

qu'il n'est pas établi qu'elle en ait besoin d'après les lois en vigueur dans son pays ». Elle accorde elle-même, d'ailleurs, en tant que de besoin, l'autorisation.

Cette solution se retrouve enfin dans un arrêt de la Cour de Dijon (1). « Attendu qu'évidemment au point de vue de la législation française, l'intimée, femme mariée, ne pourrait être considérée comme régulièrement autorisée à ester en justice, Mais attendu qu'il n'est pas contesté... qu'elle ne soit, par son mariage, devenue suédoise. Attendu que les demandeurs avaient la charge de prouver, ce qu'ils ne font pas, que par son mariage, la dame de Mentzer est devenue incapable d'agir sans l'autorisation de son mari ou de justice... »

Deux arrêts, au contraire, ont présumé que la femme étrangère était incapable. L'un a été rendu par la Cour de Rennes (2) : « Attendu qu'aux termes généraux et formels des articles 215 et 217 du Code Civil, la femme, même séparée de biens, ne peut ester en justice sans l'autorisation de son mari, ou sur le refus de celui-ci, l'autorisation du juge... que la dame Picot, qui est de nationalité étrangère, ne justifie point qu'elle soit dispensée par le statut personnel qui la régit, d'obtenir pour ester en justice une autorisation ».

La Cour de Paris (3), plus récemment, s'est prononcée dans le même sens : « en droit français, la règle d'autorisation maritale trouve en partie son fondement dans le devoir d'obéissance imposé à la femme. Rien n'établit qu'il n'en soit pas de même en droit russe ». En conséquence, « la femme mariée russe qui ne prouve pas que sa loi nationale la dispense d'autorisation maritale, ne peut agir devant les juridictions françaises ».

(1) Dijon, 21 Juin 1909, Cl. 1910, 545, Rev. de D. I. P. 1910, 227.
Mentzer contre Lécivain.

(2) Rennes, 7 Février 1890, Cl. 1891, 209 D. P. 1891, 2, 180,
dame Picot.

(3) Paris, 6 Février 1913, Rev. de D. I. P. 1913, 833, dame de
Péthion.

L'opposition est donc très nette. Comment l'expliquer et en quel sens doit-on se prononcer ? Le problème dépasse d'ailleurs de beaucoup l'application de la règle « *act ori incumbit probatio* » et l'interprétation qu'en donnent les Tribunaux. Il s'agit, en réalité, de la preuve de la loi étrangère (1). Cette preuve n'étant pas apportée, le juge français en est réduit à appliquer la loi française. C'est le raisonnement de la Cour de Paris et de la Cour de Rennes : puisque la loi française considère la femme comme incapable, la femme étrangère devra l'être également, à moins qu'elle ne prouve que sa loi nationale en dispose autrement.

Cette loi est donc bien reconnue applicable, mais c'est un hommage purement théorique : en fait, elle est mise de côté. Comme toute règle, elle suppose la maxime : « *de mibi factum, dabo tibi jus* ».

Le fait, c'est le contenu de la loi étrangère, le droit c'est l'application de la loi nationale à la capacité. Il ne reste plus alors au juge qu'à se reporter aux termes de la seule loi qu'il connaisse, celle qu'il a pour mission d'appliquer, puisqu'il est tenu de juger, aux termes de l'article 4 du Code Civil. On peut aussi expliquer cette solution en disant que le juge doit présumer, en cas d'ignorance de la loi étrangère, que celle-ci est identique à sa propre loi (2).

Comment expliquer, dans cette conception, que trois arrêts aient décidé que la femme étrangère devait être présumée capable ?

Les deux plus anciens ont, semble-t-il, tout simplement confondu la question de jouissance des droits civils et la question de conflit des lois (3). C'est un fait qui se produit très souvent à cette époque ; en somme, les articles

(1) Batiffol, op. cit., p. 278 s.

(2) V. note sous Bordeaux 1^{er} Mars 1889, D. I. P. 1890, 2.89 et Weiss, Précis, 2^e éd. p. 297.

(3) Nous l'avons déjà remarqué à un autre point de vue : v. ci-dessus, Première partie, p. 41 : « la dame Smith, dit la Cour de Bruxelles, ne peut invoquer la loi Française comme régulatrice de ses droits civils matrimoniaux ».

215 et suivants du Code Civil consacrent des droits dont la jouissance est réservée aux seules femmes françaises, tel est le raisonnement. On peut donc écarter de la discussion les deux arrêts qui l'ont reproduit (1).

Il reste alors l'arrêt de la Cour de Dijon, d'après lequel, en principe, le mariage ne rend pas la femme incapable. C'est là une proposition que le droit français interdit d'accepter, encore qu'on puisse invoquer à son appui des arguments d'équité d'ailleurs assez vagues. D'autre part la Cour semble ramener la question à la charge de la preuve en la résolvant d'ailleurs d'une façon erronée : les demandeurs avaient soulevé l'exception tirée du défaut d'autorisation, mais la femme, en se défendant, faisait retomber sur elle-même la charge de la preuve : « *reus in excipiendo fit actor* ».

Lorsque, par conséquent, la question est bien posée, sa solution ne peut faire de doute : la présomption sera dans le sens de l'incapacité, aussi longtemps qu'il en sera ainsi en droit français. Inversement, d'ailleurs, la femme devrait être présumée capable si elle était séparée de corps, ou si elle exerçait une profession séparée.

La loi française semble ainsi intervenir d'une façon un peu anormale qui rappelle celle de l'ordre public international. Mais il est plus exact de considérer que c'est seulement à l'esprit du droit français que le juge fait appel, tout comme lorsqu'il lui emprunte une qualification.

Le cas serait d'ailleurs assez peu fréquent, grâce aux nombreux moyens dont on dispose aujourd'hui pour se renseigner sur le sens de la loi étrangère, et son contenu exact.

Ce serait alors la disparition d'une des nombreuses infériorités que la jurisprudence introduit dans l'application de la loi étrangère (2).

(1) La Cour de Bastia autorise d'ailleurs la femme à ester en jugement « en tant que de besoin ».

(2) V. Martin, Principes, § 105 s, t. I. p. 273 s.

§ 1. *L'autorisation maritale.*

L'autorisation maritale destinée à lever l'incapacité de la femme, apparaît comme la pièce principale du système, et elle ne peut dépendre que de la loi qui gouverne l'incapacité elle-même. C'est la solution admise par la jurisprudence (1). La loi nationale détermine donc les actes pour lesquels l'autorisation est nécessaire, et dans quelles conditions elle interviendra.

Ainsi, la nécessité d'une autorisation spéciale, ou la possibilité d'une autorisation générale, dépendent de la loi nationale : une femme italienne peut disposer, même à titre gratuit, de ses biens propres, si elle a reçu de son mari une autorisation générale par contrat de mariage, conformément aux dispositions de l'article 134 du Code Civil Italien alors en vigueur (2). A plus forte raison, pour exercer un commerce lorsqu'elle a reçu la même autorisation (3).

Inversement, si la loi nationale prohibe l'autorisation générale, celle-ci ne sera pas possible. Il s'agit ici d'une question de capacité, suivant la qualification française : la règle de la spécialité est établie dans l'intérêt de la famille et de la femme : admettre la possibilité d'une autorisation générale serait revenir, par un détour, à un régime de capacité, le contrôle du mari étant pratiquement écarté (4).

(1) Presque toutes les décisions analysées dans la Première partie, Chap. I, p. 39 s. sont intervenues sur des questions d'autorisation maritale. V. en particulier : Trib. civ. Libourne, 26 Mars 1896, Cl. 1897, 1036, Faulkner-Lec : la femme anglaise n'a pas besoin d'autorisation ; de même la femme russe : Trib. comm. Seine, 30 Décembre 1896, Cl. 1897, 808, De Péthion ; la femme Norvégienne : Paris, 7 Juillet 1928, Cl. 1932, 373, Wille.

(2) Trib. civ. Seine, 5 Août 1881, Cl. 1882, 517, Paris 17 Décembre 1883, Cl. 1884, 289, Guisti contre Aubert.

(3) Trib. civ. Tunis, 29 Janvier 1908, Cl. 1909, 745, Conti.

(4) En ce sens, Wahl, note sous Tribunal Supérieur de Cologne, 5 Décembre 1898, S. 1902, 4, I. ; Audinet, Principes, n° 545 ; Martin, Principes, § 294, t. II, p. 220 s.

C'est ce qu'a admis une décision récente du Tribunal de la Seine (1) à propos d'une femme mariée roumaine qui avait engagé des opérations de bourse se soldant par un débit considérable : son mari lui avait donné une procuration générale, mais la loi roumaine, comme la loi française, exige une autorisation spéciale pour les actes d'aliénation ; le Tribunal prononça la nullité des opérations et débouta l'établissement créancier de ses poursuites en validité de la saisie-foraine qu'il avait fait opérer.

C'est encore la loi nationale qui détermine les actes auxquels la nécessité d'une autorisation ne s'applique pas : ainsi une femme française peut tester librement dans la forme du pays où elle réside, encore que suivant la loi de ce pays (la Californie) une autorisation soit nécessaire (2).

De même, encore, la situation du mari peut modifier la capacité de la femme : s'il est absent, ou interdit, la nécessité d'une autorisation peut disparaître et la femme recouvrer sa capacité : c'est sa loi qu'il faudra consulter sur ce point. Ainsi la femme mariée anglaise dont le mari est aliéné, peut librement contracter et agir en justice à propos d'une pension qu'elle a reçue par décision de la Cour de Chancellerie (3).

Mais, en dehors du principe lui-même et de la question de spécialité, on peut se demander si la forme et la preuve de l'autorisation ne vont pas subir, dans une certaine mesure, l'influence de la loi qui régit la forme et la preuve des actes. En effet, l'autorisation est une formalité habilitante, et comme telle, elle entre, pour une part, dans la notion de condition intrinsèque, et pour une autre, dans celle de forme extérieure (4). La notion de condition intrinsèque se borne-t-elle à la nécessité de l'autorisation et à sa spécialité ? Il y a ici un problème délicat, dont la solu-

(1) Trib. civ. Seine, 18 Décembre 1931, Gazette du Palais 1932, I, 455, Cl. 1932, 947, Pietraru.

(2) Paris, 10 Août 1872, Cl. 1874, 128, Lhote.

(3) Trib. civ. Seine, 6 Août 1878, Cl. 1879, 62, Meux contre Erick.

(4) Lerebours-Pigeonnière, Précis, n° 317.

tion est fournie par la loi du juge saisi : c'est une question de qualification (1).

Mais cette qualification est loin d'être nette : il ne faut pas sacrifier le fond à la forme, et cependant, parfois, celle-ci l'emportera, parce que l'application de la loi du fond se heurtera à une impossibilité pratique.

Il semble d'ailleurs préférable de faire prévaloir la qualification de capacité, ce qui entraînera l'application de la loi nationale. C'est la solution que la jurisprudence a admise à plusieurs reprises : Ainsi, le Tribunal de Tunis (2) a jugé, dans une affaire Sparacello, qu'une femme mariée italienne qui exerce publiquement le commerce est présumée y avoir été autorisée par son mari, si celui-ci ne lui a pas expressément interdit par une déclaration publique, en application des articles 135 du Code Civil et 13 du Code de Commerce Italien.

Dans un jugement intéressant, le Tribunal de la Seine (3) a eu l'occasion d'appliquer la règle à propos d'une décision rendue par une Cour anglaise contre une femme française ; alors que le mari n'avait fait que comparaître comme témoin ; le Tribunal a refusé l'exequatur de cette décision, motif pris que la règle de l'article 215 du Code Civil est « une disposition prescrite à peine de nullité dans un intérêt social » et que la comparution du mari comme témoin ne saurait constituer une autorisation régulière.

Il en serait de même quant à la preuve de l'autorisation : si la loi nationale admet qu'elle puisse être faite par témoins ou même par présomption, de tels moyens pourront être valablement employés devant les Tribunaux Français (4).

Lorsque la preuve de l'autorisation soulève des difficultés, il existe un moyen de les résoudre : c'est d'obtenir

(1) Lerebours, op. cit., n° 265, Batiffol, op. cit., p. 202.

(2) Trib. civ. Tunis, 28 Mars 1908, Rev. de D. I. P. 1909, 227.

(3) Trib. civ. Seine, 27 Mai 1901, Cl. 1902, 116, Barnes contre la Comtesse de Montmort.

(4) En ce sens, Guillot, op. cit., p. 231.

une nouvelle autorisation régulière au regard de la loi nationale : Ainsi la Cour de Paris (1) a estimé qu'il importait peu que d'après les documents produits à l'appui de la demande en exequatur d'une décision anglaise, on ne puisse savoir si la demanderesse Française avait été autorisée par son mari, du moment que cette autorisation était donnée en France. Mais on peut se demander quelle valeur attribuer à cette autorisation intervenant après coup, dans une situation moins favorable à la femme. Il est probable qu'elle conserverait le droit de se prévaloir du défaut d'autorisation si son adversaire ne pouvait prouver que la première a été tenue régulièrement, suivant les dispositions de la loi nationale des époux.

L'intervention de la loi locale, qui s'applique aux formalités extrinsèques (2) ne se conçoit guère que pour la détermination de la date certaine de l'autorisation (3), réserve faite du cas de fraude à la loi nationale (4) ou pour les formalités de publicité, à supposer qu'il en existe d'après cette loi.

On peut supposer aussi que la loi nationale admette la possibilité d'employer la forme locale. Il ne s'agit que d'une faveur, que la loi nationale peut accorder, ou refuser, comme il lui convient. Mais, d'après la qualification française, cette intervention semble inadmissible, puisqu'il s'agit d'une question de capacité. C'est la solution que donnaient déjà nos anciens auteurs : ainsi Froland (5) rapporte que Burgundus avait songé à appliquer la loi locale, mais avait finalement préféré la loi du domicile, car

(1) Paris, 19 Janvier 1905, Rev. de D. I. P. 1907, 208, Epoux Damenez contre Foreau.

(2) Weiss, traité, t. III, p. 381 ; Niboyet, Manuel 2^e éd. n^{os} 559, 680 ; Lerebours-Pigeonnière, n^o 316.

(3) Lerebours-Pigeonnière, n^o 319, D. de Vabres, op. cit., p. 434.

(4) Duguit. Des conflits de législation relatifs à la forme des actes civils, thèse, Bordeaux, 1882, p. 125.

(5) Mémoires, T. I., Ch. VI, p. 150.

« il s'agissait d'une chose essentielle à la femme et la rendant habile à contracter » (1).

La loi locale ne pourrait encore intervenir que dans un cas particulier, qui relève d'ailleurs d'un principe plus général : si l'autorisation doit être donnée dans la forme authentique (2), la définition de cette authenticité dépend nécessairement de la loi locale. Ce n'est plus alors d'une question de qualification qu'il s'agit, mais d'une simple définition que la *lex fori* a abandonné à la loi étrangère qu'elle a reconnue compétente : dans ce cas, elle s'efface et ne peut plus « reprendre ce dont elle s'est dessaisie » (3). La loi locale est en effet la seule qui permette l'application pratique de la règle exigeant l'authenticité : on ne saurait imposer aux époux l'obligation de recourir aux formes de leur loi nationale, lorsqu'ils se sont fixés à l'étranger.

Le rôle de la loi locale est donc assez restreint, et presque négligeable : la loi nationale ne s'efface que pour des raisons pratiques, et elle reste en principe seule compétente : c'est la conséquence nécessaire du caractère que présente l'autorisation en droit français (4).

§ 2. L'autorisation de justice (5)

Lorsque le mari refuse son autorisation ou se trouve dans l'impossibilité de la donner, c'est encore la loi natio-

(1) Contra. Guillot, op. cit., p. 232.

(2) Trib. de Tunis, 29 janvier 1908, précité : la femme avait reçu de son mari une autorisation générale par acte passé devant un notaire Tunisien.

(3) Bartin, Principes, § 87, t. I, p. 234-235.

(4) Cependant, M. Wahl, note au Sirey 1902, 4, 1, soumet l'autorisation à la loi locale, sauf en ce qui concerne la spécialité, parce que d'après lui, la notion de forme est prédominante. Il nous semble impossible d'admettre cette solution.

(5) Nous laissons de côté la question de l'autorisation de justice intervenant au cas de naturalisation de la femme, en particulier de la femme étrangère en France. En effet, s'agissant d'une question de natio-

nale qui fournit les moyens d'y suppléer : elle détermine la possibilité et les conditions d'intervention de l'autorisation de justice. Mais s'il en est ainsi en principe, la règle va se trouver fréquemment modifiée, puisque la femme qui réside en pays étranger sera le plus souvent obligée de recourir aux Tribunaux locaux.

On s'explique ainsi que la jurisprudence ait ici lié, beaucoup plus qu'il n'aurait fallu, la compétence et la loi applicable.

Le Tribunal compétent serait, en principe, le tribunal du pays auquel la femme appartient (1), mais maintenir rigoureusement cette solution serait rendre toute tractation impossible. La jurisprudence qui s'est formée sur ce point est en général assez confuse : les premières décisions refusent d'autoriser la femme étrangère qui s'adresse aux tribunaux Français, motif pris de leur incompétence : ainsi, le Tribunal de la Seine (2), saisi d'une demande en autorisation formée par une femme russe, afin de retirer des valeurs dotales d'entre les mains de l'Ambassadeur de France à Saint-Petersbourg, se déclare incompétent.

Mais la doctrine et la jurisprudence reconnaissent aujourd'hui que la femme mariée étrangère peut demander et obtenir des tribunaux français l'autorisation que son mari refuse ou ne peut accorder (3).

nalité, c'est la loi française qui s'applique : Amiens, 16 Février 1921, D. P. 1922, 2, 44, de Graffenried ; v. Niboyet, Manuel, 2^e éd., n° 127. D'ailleurs, la nationalité relève surtout du droit public : Cass. réun. 2 février 1921, S. 1921, 1, 113, Colom.

(1) Foelix, Traité, n° 158, t. I, p. 232, Féraud-Giraud, Cl. 1880, p. 151. La décision du Tribunal étranger ayant un caractère gracieux produirait effet en France sans aucun exequatur : Bartin, Principes, § 222, t. I, p. 626.

(2) Trib. civ. Seine, 27 Nov. 1838, Gazette des Tribunaux du 28, dame Desprine.

(3) D. de Vabres, op. cit., p. 434 ; Valéry, Manuel n° 758 ; Pillet, traité, t. I, p. 592 ; Lerebours-Pigeonnière, Précis, n° 317, Bartin, Principes, § 296, t. II, p. 226-227.

Ainsi, la Cour de Bruxelles (1), la Cour de Bastia (2), puis la Cour de Paris (3), se déclarent compétentes pour autoriser une femme étrangère à ester en justice. De même, pour une poursuite en adultère intentée par la femme contre son mari (4), ou pour un acte qu'il refuse d'autoriser (5), ou encore pour demander l'interdiction de son mari (6). Cette autorisation peut même être donnée lorsqu'il s'agit d'ester en justice, par la décision qui condamne la femme (7). Ces décisions sont inspirées, les unes, par le souci d'éviter les dénis de justice, les autres, par la prudence, lorsque les Tribunaux ne sont pas renseignés sur le sens de la loi étrangère, mais les solutions qu'elles adoptent, au point de vue du conflit des lois, sont infiniment moins satisfaisantes. Elles ne se préoccupent pas de savoir si l'autorisation demandée peut être accordée et dans quelles conditions, d'après la loi personnelle de la femme.

Il convient de distinguer, cependant, diverses hypothèses.

Tout d'abord, les Tribunaux ne doivent accorder l'autorisation que si dans l'Etat auquel correspond la loi applicable, elle serait demandée à une juridiction qui présente les mêmes caractères que la nôtre. La difficulté ne s'est pas présentée pour l'incapacité générale, mais nous la retrouverons plus loin (8). En tout cas, si elle se rencontrait, on devrait exiger une certaine correspondance entre ces deux catégories de juridiction, notamment au point de vue de leur composition et de leur hiérarchie, sous peine

(1) 29 Août 1811, précité.

(2) 16 Février 1844, précité.

(3) Paris, 29 Septembre 1859, Gaz. des Trib. du 2 Octobre, Epoux Gaspard.

(4) Trib. civ. Seine, Chambre du Conseil, 10 Juin 1882, Cl. 1882, 189, Epoux Donato.

(5) Paris, 13 Juillet 1888, Cl. 1889, 620, Epoux Nathan.

(6) Trib. civ. Seine, 17 Juillet 1888, Cl. 1889, 615, Epoux Balcaen.

(7) Paris 27 Avril 1891, Cl. 1891, 1199, Dame Fiocca.

(8) Quand nous étudierons les incapacités spéciales, ci-dessous, Section IV.

de déformer complètement le caractère de protection que revêt l'intervention de la justice, suivant la qualification française. Si cette condition est réalisée, les Tribunaux français doivent encore consulter la loi étrangère, pour savoir si l'autorisation est possible, lorsque le mari a refusé la sienne. On trouve deux décisions qui ont tenu compte de la règle: la Cour de Paris (1) proclame la compétence des Tribunaux français pour connaître des questions concernant l'état et la capacité des étrangers, encore que ces questions dépendent d'une loi étrangère. Elle distingue donc la question de compétence et celle du conflit des lois, premier progrès. Mais elle en tire aussi la conséquence exacte: « Attendu que la loi bavaroise est conforme à la Loi française en matière d'autorisation maritale, et permet à la justice d'y suppléer, au cas de refus du mari... ». De même, le Tribunal de la Seine (2) soumet la possibilité de l'autorisation de justice à la loi personnelle des époux, en l'espèce, la loi belge, également identique à la nôtre.

Cette solution est la seule correcte ; sans doute a-t-elle été facilitée dans les deux cas par l'identité des législations françaises et étrangères, mais le principe est nettement dégagé.

Tout au contraire, les autres décisions qui ont par ailleurs accordé l'autorisation ne se sont nullement préoccupées de rechercher si le mari avait refusé son autorisation ou simplement n'avait pu la donner (3). C'est une solution purement prétorienne, que les nécessités pratiques n'imposent nullement; tantôt les Tribunaux se déclarent incompétents parce qu'il s'agit d'appliquer la loi étrangère, tantôt ils se déclarent compétents, mais ils appliquent la loi française. On peut regretter une telle imprécision.

(1) 13 Juillet 1888, Nathan, précité.

(2) 17 Juillet 1888, Balcaen, précité.

(3) En particulier la Cour de Bruxelles (1811), la Cour de Bastia (1844), et la Cour de Paris (1890).

Si, par conséquent, la loi étrangère ne prévoit pas, au refus du mari, l'intervention de la justice, nos tribunaux doivent refuser, eux aussi, l'autorisation, à moins qu'ils ne se trouvent dans l'impossibilité de connaître les intentions qu'a pu avoir le mari.

Dans ce cas, de même qu'au cas de minorité, d'absence ou d'empêchement du mari, les tribunaux pourront accorder l'autorisation, toujours à la condition que la loi étrangère la prévoie, si toutefois elle en maintient la nécessité.

L'application de la loi française ne se concevrait que pour les seules règles de procédure ou « *ordinatoria litis* », les « *decisoria litis* » restant soumis à la loi étrangère : le mari devra donc être entendu, lorsque c'est possible, si la loi nationale l'exige (1).

Les mêmes règles s'appliqueraient au regard des Tribunaux français lorsqu'il s'agit d'une femme française fixée à l'étranger, réserve faite, toutefois, du cas de fraude à la loi nationale. Enfin, chaque fois que la loi personnelle prévoit l'intervention des tribunaux, aussi bien pour lever une incapacité que pour prononcer un retrait des pouvoirs — par exemple, dans le système des biens réservés de la loi française du 13 Juillet 1907, ou dans les législations allemande et suisse, lorsque le mari demande à la justice de priver la femme du « pouvoir des clés », les mêmes principes s'appliqueraient : le tribunal ne pourrait se reconnaître compétent que si la juridiction prévue par la loi nationale présente les mêmes caractères que lui : il devrait alors respecter les dispositions de cette loi, réserve faite des règles de procédure ou de publicité, soumises les unes à la *lex fori*, les autres à la loi locale, ces deux lois coïncidant en fait. Il suffit d'indiquer ici cette extension des principes à certains cas particuliers, qu'on retrouvera par la suite (2).

(1) Contra, Cour de Bruxelles, précité.

(2) V. ci-dessous, p. 152, p. 171, p. 208.

§ 3. *La sanction de l'incapacité*

La dernière question que soulève le fonctionnement de l'incapacité est celle de savoir comment les époux vont pouvoir obtenir la nullité de l'acte ou du jugement irrégulier. Il n'y a aucune raison de distinguer l'incapacité de sa sanction, qui n'en est que la mise en œuvre. La détermination des personnes qui peuvent agir en nullité, les effets de cette nullité, la prescription de l'action, et en sens inverse, la renonciation à cette action, la confirmation de l'acte et leurs effets, sont donc soumis à la loi nationale (1), plus exactement à la loi applicable au moment de la conclusion de l'acte nul ou à la date du jugement irrégulier.

On a vu, en effet, que la naturalisation des époux, ou de l'un d'eux seulement, ne pouvait porter atteinte aux droits acquis, soit par eux-mêmes, soit par des tiers. En conséquence, le droit de se prévaloir de la nullité, tel qu'il existe au profit de la femme, ne pourrait pas disparaître par suite de la naturalisation des époux, ou d'un seul, dans un pays dont la loi n'accorde ce droit qu'au mari (2). A plus forte raison si la loi nouvelle ne frappait la femme d'aucune incapacité, c'est la loi ancienne qui devrait s'appliquer. Admettre le contraire, c'est modifier complètement le principe, en le privant de toute efficacité. On ne saurait donc accepter que les époux, ou l'un d'eux seulement, puisse perdre les droits et échapper aux obligations que leur confère ou leur impose la loi suivant laquelle la femme s'est engagée (3).

(1) En ce sens, Houot, *op. cit.*, p. 91, Weiss, *traité*, t. III, p. 591 ;
Bartin, *Principes*, § 296, t. II, p. 228.

(2) Contra, Bartin, *Principes*, § 296, t. II, p. 228, 229, appliquant la loi actuelle des époux parce que l'incapacité n'est qu'une conséquence de la puissance maritale. Il ne nous paraît pas possible d'aller jusque là.
(V. ci-dessus, Première Partie, p. 72).

(3) Il n'y a aucune jurisprudence sur ce point.

SECTION II

LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE L'INCAPACITÉ

Dans certains cas, le principe de l'incapacité subit de fortes restrictions, ou même est délibérément écarté, par suite de la situation spéciale dans laquelle la femme est placée: il en est ainsi lorsqu'elle exerce un commerce, ou plus largement, une profession séparée, ou encore lorsqu'elle est séparée de corps.

Dans ces trois hypothèses, il y a lieu de rechercher quelle loi va s'appliquer, en principe, à la capacité de la femme ainsi modifiée. La question ainsi posée ne peut faire aucun doute : c'est la loi personnelle qui détermine les conditions dans lesquelles la femme retrouve sa capacité, de même qu'elle régit le système de l'incapacité proprement dite.

Mais, à cause du caractère spécial des trois situations, il faut réserver, pour chacune d'entre elles, la possibilité de faire appel à des lois différentes, tantôt, la loi qui gouverne le régime matrimonial, tantôt la loi applicable à l'exercice de la profession. Nous allons préciser les conditions dans lesquelles cette intervention peut se produire, pour chacune des trois situations.

§ 1. *La femme mariée commerçante*

En nous limitant à la question du conflit des lois, nous n'étudierons ici que les problèmes qui concernent spécialement la femme mariée, et qu'on peut ainsi définir : l'aptitude de la femme à exercer un commerce, et la capacité dont elle jouit dans ce cas.

C'est la loi nationale qui détermine les conditions dans lesquelles la femme peut exercer une profession (1).

Ainsi la femme mariée italienne (2) n'est pas réputée marchande publique si elle ne fait que détailler les marchandises de son mari, d'après l'article 13 du Code de Commerce italien, analogue à l'article 5 du Code de Commerce français.

Dans ce cas la femme doit être présumée avoir agi comme préposée de son mari, et le Tribunal doit la mettre hors de cause, sur une demande en paiement de fournitures dirigées contre les époux par des créanciers du mari.

C'est aussi la loi nationale qui indiquera si la femme a besoin d'autorisation maritale, et dans quelles conditions celle-ci doit être donnée (3), lorsqu'elle est nécessaire. Il en est de même pour l'intervention du juge: si la loi nationale prévoit l'autorisation de justice, la femme pourra l'obtenir des tribunaux étrangers, à la condition qu'il y ait correspondance entre les deux ordres de juridictions. — Mais si la loi nationale refuse la possibilité d'une autorisation de justice, la femme ne pourrait l'obtenir; l'ordre public international n'est pas en jeu ici.

Au cas de nationalités différentes des époux, la loi du mari l'emporterait-elle, en conséquence de l'idée que le contrôle du mari est ici un attribut de la puissance maritale, et non un effet de l'incapacité? L'affirmative nous paraît préférable (4).

(1) Albéric Rolin, de la détermination de la qualité de Commerçant et de ses conséquences en Droit International Privé. Rev. de D.I.P. 1907, p. 505.

(2) Trib. civ. Tunis, 12 octobre 1898, Cl. 1899, 1013, Boudin contre Bardini.

(3) Trib. civ. Tunis 28 Mars 1908, Rev. de D. I. P. 1909, 227, v. ci-dessus, p. 138.

(4) A. Rolin, loc. cit. (avec un peu d'hésitation). La jurisprudence paraît faire de la puissance maritale une disposition d'ordre public international: v. plus loin Chapitre III, p. 264 s.

La capacité de la femme, une fois autorisée, sera également soumise à la loi nationale. Mais on peut se demander si le principe ne fléchirait pas, au cas où cette capacité serait moindre que celle conférée par la loi du lieu d'exercice de la profession. Tel serait le cas en France d'une femme étrangère dont la loi ne contiendrait aucune disposition analogue à celles de notre loi de 1907. L'intérêt du crédit ferait peut-être prévaloir l'application de la loi Française, à supposer qu'il ne faille pas considérer la loi de 1907 comme applicable, plus généralement à toutes les femmes exerçant en France une profession non commerciale (1).

En tout cas, il est certain que la loi nationale ne s'appliquerait pas à la question de savoir si la femme peut être mise en faillite (2). En effet, c'est là un point qui relève uniquement de la loi du lieu d'exercice de la profession, qui s'applique seule lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue des obligations du commerçant.

En vertu de la même idée, c'est la loi locale qui détermine les formalités de publicité auxquelles les époux doivent obéir, quant à leur contrat de mariage, ou quant au jugement de séparation de biens intervenu entre eux (3).

Toutefois, si un commerçant français se marie à l'étranger, il ne pourra observer les formalités du Code de Commerce qu'après son retour en France : mais à ce moment, il devra s'y conformer (4).

Quant à l'étendue des obligations contractées par la femme avec l'autorisation de son mari, pour les besoins de son commerce, elle dépendra, non pas de la loi nationale,

(1) V. § suivant.

(2) Contra : Weiss, traité, t. VI, p. 240.

(3) Art. 67 du Code de Commerce, art. 872 du Code de Procédure Civile. Cf. Surville et Arthuys, Cours élémentaire 7^e éd., N^o 451. Martin, Principes, § 358, t. II, p. 493. V. ci-dessous, p. 203.

(4) Cp. Rennes, 4 Mars 1880, S. 1881, 2, 268, époux Guitton.

mais de la loi qui gouverne le régime matrimonial (1). C'est une règle qui tient au fonctionnement du régime même; si par conséquent les époux sont mariés sous un régime de communauté, le mari sera ou non engagé, suivant ce que décide cette loi, et dans les conditions qu'elle détermine. Il suffit d'indiquer ici ces conséquences, particulièrement importantes lorsque la femme exerce un commerce.

Ainsi, la loi nationale, restée en principe, compétente subit ici certaines restrictions assez importantes, particulièrement sous l'influence des nécessités pratiques; il est permis de penser qu'elle ne remplit pas d'une façon satisfaisante le rôle qui est celui de la loi personnelle, et la protection qu'elle assure reste insuffisante. Il est évident que la loi du domicile serait ici bien supérieure, son application aurait l'avantage de simplifier les conflits, puisque le plus souvent elle coïnciderait avec la loi du lieu d'exercice de la profession, et surtout elle respecterait beaucoup mieux les intérêts en cause, intérêts privés, comme ceux des époux ou des tiers, intérêts politiques de l'Etat domiciliaire; le développement actuel du rôle de la femme au point de vue économique, donnera certainement à la question un caractère beaucoup plus pratique. Dès maintenant, en tout cas, s'il s'agissait d'une femme française mariée à un étranger et exerçant un commerce en France, nos tribunaux devraient appliquer la loi française, pour déterminer l'étendue de la capacité de la femme, en dehors de toute modification législative adoptant le système du projet étudié précédemment (2).

La loi française aurait alors trop de titres à s'appliquer pour qu'elle puisse être écartée.

(1) *Bartin, Principes*, § 308, t. II, p. 274; cf. plus loin Chapitre II, p. 188.

(2) *Ci-dessus, Première Partie*, p. 57.

§ 2. *Le système des biens réservés de la femme*

La plupart des législations reconnaissent aujourd'hui à la femme un droit de disposition et de jouissance séparée sur les biens qu'elle acquiert par son travail personnel et les économies qu'elle réalise à l'aide de ses biens (1).

C'est le système de la loi française du 13 Juillet 1907, dont le caractère est assez difficile à dégager : elle modifie certainement la capacité de la femme, et, à ce titre, se rattache à la loi personnelle, mais elle modifie aussi la composition des biens des époux, en constituant un patrimoine distinct, et, dans cette mesure, serait soumise à la loi qui gouverne le régime matrimonial.

Les deux conceptions sont vraisemblables, mais celle qui rattache le système à la loi personnelle, du moins en principe, respecte mieux l'esprit de la loi : son caractère nettement impératif, qui va « jusqu'à son application immédiate aux femmes déjà mariées sous l'empire des règles antérieures » (2) interdit de le faire dépendre de la loi qui gouverne le régime matrimonial des époux, qui d'après la jurisprudence, dépend de la loi, présomptivement choisie par les époux.

C'est donc, en principe, la loi nationale qui s'appliquera (3) dans les conditions que nous connaissons, mais il y a lieu de se demander si la loi de 1907, étant donné son caractère d'ordre public, ne devrait pas s'appliquer à toutes les femmes, françaises ou non, et quelle que soit la nationalité de leur mari, quant aux biens réservés situés matériellement en France, au cas où la loi nationale ne

(1) IV. notre Introduction, p. 9.

(2) Bartin, Principes, § 295, t. II, p. 222.

(3) En ce sens, Valéry, Manuel, n° 783 ; Weiss, traité, t. III, p. 618, Pillet, traité, t. I, n° 277 ; Niboyet, Manuel, 2^e éd., n° 626, Bartin, op. et loc. cit. ; v. cep. pour l'application de la loi du régime, Bartin, sous Aubry et Rau, § 500 bis, note 37, t. VII, p. 46, mais pour la soumission de toutes les femmes françaises à la loi de 1907, ibid., note 40.

leur assurerait pas des droits correspondant à ceux qu'elle établit. Dans cette conception la loi de 1907 serait une disposition d'ordre public international, ce qui ne se comprendrait jamais que si des différences radicales séparaient les deux législations (1).

Il semble néanmoins difficile d'aller jusque là, à moins que la femme étrangère n'exerce en France une profession commerciale: dans ce cas, les intérêts du crédit paraissent suffisamment justifier la mise à l'écart du principe.

Mais par ailleurs, le système de la loi 1907 ne s'applique impérativement qu'aux femmes françaises (2) : il est d'ordre public interne, mais non d'ordre public international. La femme étrangère ne pourrait donc se prévaloir de ses dispositions, même au cas, d'ailleurs assez rare, où sa loi personnelle ne lui assurerait aucune garantie analogue.

Il en serait ainsi, semble-t-il, même s'il s'agissait d'époux étrangers soumis à un régime français. On peut cependant hésiter davantage, étant donné l'influence certaine qu'il faut reconnaître à la loi qui gouverne le régime matrimonial. Néanmoins, cette application cumulative des deux lois ne peut pas conduire aussi loin: chacune d'elle doit conserver son domaine propre, et la loi du régime ne peut intervenir, tout comme pour l'incapacité elle-même, que pour compléter le système dans son fonctionnement, mais non pour en déterminer le principe.

La détermination des biens réservés, par rapport aux biens ordinaires ou aux biens communs, se rattache ainsi à la loi qui gouverne le régime matrimonial, de même que l'affectation des biens réservés aux dettes contractées par l'un des époux dans l'intérêt du ménage (3). C'est dans ces limites qu'on peut

(1) *Bartin*, *Principes*, loc. cit. p. 224-225.

(2) *Niboyet*, *Manuel*, 2^e éd., n° 626, 3^o, p. 737, *Lerebours-Pigeonnière*, *Précis*, n° 354.

(3) *Bartin*, dans *Aubry et Rau*, loc. cit., et *Principes*, § 295, t. II, p. 223-224.

reconnaître l'application de la loi du régime, la capacité de la femme n'étant plus ici en jeu.

Une dernière question soulevée par la loi de 1907 concerne le retrait des pouvoirs de la femme, que le mari peut faire prononcer par la justice: les époux fixés dans un pays étranger pourraient-ils porter leur différend devant les Tribunaux de ce pays ? Ici encore, la réponse varie suivant les degrés de correspondance qui existe entre les Tribunaux locaux et ceux de leur pays : ce n'est qu'au cas où il y a correspondance suffisante qu'on pourra reconnaître aux époux cette faculté.

Il faut d'ailleurs reconnaître que ces problèmes présentent un intérêt tout théorique: la loi de 1907 n'a, jusqu'à présent, donné lieu à aucune décision de jurisprudence.

Mais les dispositions des lois anglaises de 1870, 1882, 1893 (1), qui établissent un régime analogue à celui de la loi de 1907, ont été appliquées à plusieurs reprises aux engagements contractés en France par des femmes anglaises (2), sans que se soit posée la question de savoir dans quelle mesure la loi du régime matrimonial pouvait intervenir, puisqu'il s'agissait d'époux anglais soumis à la loi anglaise, pour leur régime comme pour leur statut personnel.

Cependant, quelques décisions (3) semblent rattacher l'institution à la capacité, en spécifiant que la femme peut

(1) V. notre introduction, p. 11.

(2) Trib. civ. Seine, 10 Février 1893, Cl. 1893, 560, Abdy contre Delpey; 21 Décembre 1895, Cl. 1896, 1032, Abdy contre Pecquignot; 14 Novembre 1896, Cl. 1897, 537, et 5 Janvier 1897, *ibid.* 539; 2 Juillet 1897, Cl. 1898, 563, Digby, confirmés par la Cour de Paris, 17 Juin 1899, Cl. 1900, 138; trib. civ. Seine 23 Juillet et 3 Août 1897, Le Droit des 6-2 Décembre 1897, époux Spiers et 9 Juin 1905, Cl. 1905, 1040, Eyrès. Trib. civ. Laval 12 Avril 1902, Cl. 1902, 116, 1044, Etchegoyen.

(3) Trib. civ. Seine, 14 Novembre 1896, 5 janvier 1897; Paris, 17 Juin 1899, précités.

s'engager librement, même si elle n'a pas de biens séparés au moment où elle contracte.

§ 3. *La capacité de la femme séparée de corps*

Le lien conjugal n'est que relâché par la séparation de corps: il subsiste tant bien que mal, du moins provisoirement. Mais, en ce qui concerne la femme, ses effets sont anéantis à deux points de vue: elle recouvre sa pleine capacité, et la disposition de ses biens (1).

Nous nous bornerons à examiner ces deux questions, laissant de côté les divers problèmes que soulève par ailleurs la séparation de corps sur le plan du conflit des lois.

I. *La capacité de la femme*

C'est la loi personnelle qui décide tout d'abord du point de savoir si la séparation de corps rend à la femme l'exercice de sa pleine capacité, à supposer que le mariage l'en ait privée (2). Par conséquent, les dispositions de la loi française ne s'appliquent pas à une femme italienne séparée de corps, qui reste soumise à l'article 134 du Code Civil italien. C'est la solution qui a été consacrée expressément par le Tribunal de la Seine (3).

Mais si le jugement de séparation a été prononcé à l'étranger, la modification qui peut se produire dans la capacité de la femme aura-t-elle lieu à la date de ce jugement, ou seulement à la date où son exequatur serait prononcé par les tribunaux nationaux. Il semble préférable d'admettre que la femme ne pourrait se prévaloir d'une décision encore sans valeur au regard de sa loi nationale,

(1) V. ci-dessus, Introduction, p. 9.

(2) Questions pratiques, n° 79, Cl. 1893, 1135; Aubry et Rau, réédition Bartin, § 489, t. VII, p. 402.

(3) Trib. civ. Seine, 5 Avril 1895, Cl. 1895, 602, Fiocca.

tant que les tribunaux de son pays ne lui ont pas conféré la force exécutoire (1).

Il en serait de même pour tout jugement étranger qu'une femme voudrait invoquer en France, quelle que soit sa nationalité, et quel que soit le pays dans lequel il a été rendu.

Une telle restriction suppose, évidemment, que l'on admet la nécessité d'un exequatur pour le jugement rendu en matière d'état et de capacité des personnes. On ne peut, dans un ouvrage comme celui-ci, discuter la question (2).

La séparation de corps peut cesser par la réconciliation des époux: dans ce cas, la capacité de la femme va se trouver à nouveau modifiée. C'est toujours la loi nationale qui détermine les conditions dans lesquelles cette modification aura lieu: ainsi la loi française exige un acte notarié et publié dans les conditions prescrites pour le jugement de séparation de biens et mentionné en marge de l'acte de mariage et de la décision qui a prononcé la séparation, plus une publicité par journaux (3). L'acte passé devant un officier public étranger ne pourrait d'ailleurs être publié que si l'acte de mariage des époux avait été transcrit conformément à l'article 170 (4).

Dans ces conditions, la capacité de la femme française serait réglée par l'article 1449 du Code Civil, jusqu'à la disparition de la séparation de biens, si les époux étaient soumis à un régime français (5), et même s'ils avaient

(1) M. Bartin, sous Aubry et Rau, § 489, t. VII, p. 402, se prononçait pour la cessation à la date où le jugement étranger est devenu définitif. Mais il n'est plus aussi affirmatif aujourd'hui: *Principes*, § 193, t. I, p. 507.

(2) V. Bartin, *Principes*, § 191 et suivants, t. I, p. 493 s.

(3) Articles 311, alinéa 4 et 1445 du Code Civil.

(4) Mais, si les époux n'ont rempli aucune formalité, la femme conserve sa pleine capacité.

(5) L'article 1451 du Code Civil exige un acte notarié publié dans la forme de l'article 1445.

adopté un régime étranger (1), tant que celui-ci n'aurait pas été rétabli, ou s'il ne doit jamais l'être (2). Il en serait de même pour des époux étrangers en France: c'est la loi nationale qui déterminerait les conditions dans lesquelles une réconciliation est possible (3), les effets qu'elle produirait sur la capacité de la femme, en dehors de toute modification du régime matrimonial étranger ou français auquel ils sont soumis.

Au contraire, les pouvoirs du mari seraient modifiés dans les conditions que détermine la loi du régime matrimonial; ainsi, s'agissant d'époux étrangers soumis à un régime français, quel que soit le pays sur le territoire duquel la séparation, puis la réconciliation seraient intervenues, le rétablissement de la communauté serait soumis aux conditions de l'article 1451 du Code Civil. La capacité de la femme, ne pourrait donc pas être plus restreinte que celle de la femme séparée de biens, aux termes de l'article 1449, tant que les époux n'auraient pas rempli les formalités de l'article 1451.

II. *La séparation de biens accessoire*

La séparation de corps entraînant, en droit français, la séparation de biens, d'après l'article 311, alinéa 2 du Code Civil, on peut se demander si cette règle relève de la loi personnelle, ou au contraire de la loi du régime: l'intérêt de la question, au point de vue de la capacité de la femme, c'est qu'elle recouvre ainsi l'administration, la jouissance, et la libre disposition de tous ses biens (4).

(1) Si l'on admet que la séparation de biens accessoire est de statut personnel, v. ci-dessous.

(2) *Bartin*, sous *Aubry et Rau*, § 489, notes 4 et 5, t. VII, p. 402 s.; *Planiol et Ripert*, t. IX par *M. Nast*, N° 682, p. 574, 5.

(3) Y compris les conditions de publicité.

(4) Mais c'est la loi de régime qui décide seule du point de savoir si l'inaliénabilité dotale survit à la séparation de corps. V. plus loin chapitre II, p. 209.

A première vue, il semblerait logique de soumettre la question à la loi qui gouverne le régime matrimonial, puisqu'il ne s'agit que de régler les intérêts pécuniaires des époux. Mais, outre que l'incapacité elle-même entraîne aussi des conséquences pécuniaires, il faut tenir compte ici du rapport très étroit que la loi française établit entre la séparation de corps et la séparation de biens. En conséquence, il faudrait décider que l'article 311, alinéa 2 est applicable à toutes les femmes françaises quel que soit leur régime matrimonial. A quelles difficultés n'aboutirait-on pas, si la loi du régime, reconnue applicable, ne prévoyait pas la séparation de biens ? Celle-ci est la condition nécessaire du fonctionnement de la pleine capacité civile de la femme : à quoi lui servirait-il d'être capable, si son mari conserve l'administration, la jouissance, et la disposition des biens qu'elle doit retirer de la communauté ?

Enfin, on ne comprendrait pas que, la vie commune ayant cessé, les époux pussent conserver des intérêts communs : c'est ainsi que la séparation de biens accessoire, suivant son nom, complète le fonctionnement de la séparation de corps. Telle est la qualification française (1).

Ce n'est pas que la solution soit à l'abri de toute critique : L'article 311, alinéa 3, qui restitue à la femme sa capacité, n'est pas liée indissolublement à la séparation de biens accessoire : lorsque les époux se réconcilient, et observent les prescriptions de l'article 311, alinéa 4, la capacité de la femme, nous l'avons vu, est à nouveau modifiée : et cependant la séparation de biens subsiste. Mais précisément dans ce cas, il est bien préférable de soumettre la séparation de biens à la loi personnelle, encore que la raison d'être de cette solution, à savoir la pleine capacité civile de la femme, ait disparu : en effet, l'article 311, alinéa 4 maintient l'application de l'article 1449, dans des conditions telles que l'intervention de la loi qui gouverne le régime matrimonial ne peut se concevoir que

(1) En ce sens, Bartin, sous Aubry et Rau, § 489, note 2, t. VII, p. 402, note 25, p. 418 ; Niboyet, Manuel, 2^e éd., n^o 642, p. 752.

pour le rétablissement de la communauté, aux termes de l'article 1451, s'il s'agit d'un régime français, ou suivant les formalités de la loi étrangère, s'il s'agit d'un régime étranger. Jusque là, c'est la loi personnelle qui intervient seule. Si par conséquent, elle ne prévoit pas la séparation de biens, la loi du régime n'aura pas à intervenir.

L'article 1449, dans ces conditions, ne doit pas être considéré comme apportant une exception au principe de l'incapacité posé par l'article 217 : c'est la solution qui nous paraît résulter de l'esprit du droit français (1).

La séparation de biens, au cas où la loi nationale l'accorde, ne peut naturellement avoir lieu que dans les conditions prévues par cette loi : ainsi, en droit français, elle ne se produit à l'égard des tiers que si le jugement a été publié, et la capacité de la femme ne rétroagit pas (2). Il en est de même pour la femme étrangère : ainsi, le Tribunal de la Seine (3) a jugé que la séparation de corps prononcée entre deux époux espagnols, par application de leur loi nationale, n'entraîne pas, d'après cette loi la séparation de biens : ce n'est qu'une fois le jugement de séparation de corps définitif, et par une décision distincte, que la séparation de biens peut être prononcée. En l'espèce, d'ailleurs, la loi espagnole s'appliquait aussi au régime matrimonial, mais le sens de ses dispositions permet de penser que la qualification qu'elle donne correspond à celle du droit français.

La séparation de biens accessoire a donné lieu d'autre part à deux décisions très intéressantes rendues entre les époux de Ferrari, par le Tribunal et la Cour de Lyon (4).

Madame de Ferrari avait formé une saisie-arrêt entre les mains du Crédit Lyonnais, pour sûreté et paiement de sa dot, se montant à trois cent mille francs. Elle demandait

(1) V. ci-dessous, Chap. II, p. 192 s.

(2) Bartin, sous Aubry et Rau, § 485, note 4 sexies, t. VII, p. 367.

(3) Trib. civ. Seine, 5 Juin 1907 (sép. de corps) et 13 Février 1908 (sép. de biens) Cl. 1908, 832, Sédano y Agramonte.

(4) Trib. de Lyon, 11 Juin 1924, Cour de Lyon, 3 Juin 1926,

au Tribunal d'en prononcer la validité. Son mari formait, de son côté, une demande de partage de succession contre les héritiers des père et mère de sa femme, en sa qualité d'administrateur de la dot ; il assignait d'autre part sa femme en paiement des sommes ainsi recueillies par elle, et demandait la nomination d'un séquestre..

Madame de Ferrari réclamait l'application de la loi française, et en conséquence, soutenait que la séparation de corps consensuelle, intervenue en 1899 et homologuée par le Tribunal de Gênes, lui avait rendu l'exercice de sa pleine capacité et avait de plus entraîné la séparation de biens.

Le Tribunal estima que la séparation de biens, aussi bien en Italie qu'en France (1) ne pouvait résulter que d'un jugement contentieux (2) : « la séparation de corps obtenue, encore que valable en France, ne peut donc entraîner la séparation de biens, malgré la réintégration de Madame de Ferrari dans la nationalité française, car ce serait violer le principe des droits acquis et de la non rétroactivité des lois ».

Le Tribunal débouta en conséquence Madame de Ferrari et donna raison à son mari.

La Cour reconnut, elle aussi, la validité de la séparation de corps, mais elle refusa de même de reconnaître que la séparation de biens puisse résulter d'une telle convention ; elle remarque que cette solution a été celle de la Cour de Cassation en 1922, qui a refusé d'accorder la conversion de la séparation de corps en divorce : s'il en est ainsi pour la conversion, il doit en être de même pour la séparation de biens accessoire.

(1) Articles 1418 du Code Civil italien et 1443, al. 2, Code Civil français. L'article 1418 du Code Civil italien ne prévoit la séparation de biens que si la femme la demande expressément, et si la séparation de corps est prononcée à son profit.

(2) S'agissant d'un acte de juridiction gracieuse, la question de l'exequatur ne se posait pas. V. la note de M. Audinet du Sirey.

On peut tirer de ces deux décisions plusieurs conséquences : tout d'abord, la nécessité d'un jugement contentieux, obtenu dans les conditions de la loi nationale, si elle en exige un, pour que la séparation de biens se produise ; et ensuite la confirmation de l'idée que cette séparation dépendrait de la loi personnelle, par opposition à la loi du régime. En effet, le Tribunal paraît ne trancher la question que dans l'ordre des conflits mobiles, mais les réserves qu'il fait sont significatives : Madame de Ferrari est redevenue française (tout en restant soumise au régime dotal italien) et la loi française pourrait s'appliquer, à supposer qu'il y ait eu un jugement contentieux, si le principe des droits acquis, ou simplement la règle de l'article 2 du Code Civil, n'intervenaient en sens contraire.

On retrouve la même idée dans l'arrêt confirmatif : la réintégration de Madame de Ferrari dans la nationalité française ne peut avoir pour effet de modifier la nature de la convention intervenue entre les époux. Mais si la séparation de corps avait été prononcée par jugement, la loi française aurait pu s'appliquer, entraînant ainsi la séparation de biens (1).

La loi qui gouverne le régime matrimonial ne pourrait intervenir que pour déterminer les conditions dans lesquelles le régime serait dissous, notamment au point de vue de la rétroactivité du jugement (2). Cette rétroactivité en droit français, se produirait sous tous les régimes, même sous le régime dotal (3).

La même loi s'appliquerait à la rétroactivité du rétablissement de la communauté (article 1451).

Enfin les règles de procédure et de publicité seraient naturellement soumises à la *lex fori*.

La séparation de biens accessoire prend ainsi un caractère tout différent de la séparation de biens principale, qui

(1) Cependant M. Audinet paraît faire dépendre la question de la loi du régime, note au Sirey, 1928, 2, 122, 2^e col.

(2) Bartin, Principes, § 316, t. II, p. 317.

(3) Bartin, sous Aubry et Rau, § 539, note 16 ter, t. VIII, p. 577.

comme nous le verrons, dépend seulement, en principe, de la loi du régime, mais jamais de la loi personnelle (1). Ici, plus que jamais, c'est l'analyse des dispositions du droit interne qui fournit la solution sur le plan du conflit des lois.

SECTION III

LE DROIT DE DISPOSITION DE LA FEMME

QUANT A SON HYPOTHÈQUE LÉGALE

§ 1. Généralités.

L'hypothèque légale se présente comme le contrepoids de l'incapacité, mais son régime international pose toute une série de difficultés qui lui sont particulières, et qu'il est impossible de résoudre ici (2).

En dehors du point de savoir si les femmes étrangères peuvent invoquer l'hypothèque légale sur les immeubles que leur mari possède en France, la détermination de la loi applicable en général à l'hypothèque est souvent très difficile à faire : ce sont là deux questions bien distinctes, celle de la jouissance des droits civils, celle du conflit des lois, qui ne se pose d'ailleurs qu'après que la première a été résolue affirmativement.

Une jurisprudence bien établie considère que l'hypothèque légale est un droit civil réservé aux seules femmes

(1) V. ci-dessous, Chap. II, p. 192 s.

(2) V. Reneaume, *L'hypothèque légale de la femme étrangère en France et des garanties accordées par les législations étrangères à la femme française*, Thèse, Rennes, 1904; *Rep^{re} de D. I. V^o Hypothèque légale*, V^e Communauté conjugale, n^{os} 176 s. *Bartin, Principes*, § 297-299, t. VI, p. 229 s.

françaises (1) et que les femmes étrangères ne peuvent invoquer qu'autant qu'elles appartiennent à la catégorie des étrangères privilégiées au sens de l'article 11 du Code Civil. Cela pouvait se produire avant la loi de 1927, dans deux cas : si elles étaient admises à domicile, aux termes de l'article 13, ou si elles appartenaient à un pays sur le territoire duquel les femmes françaises peuvent invoquer l'hypothèque légale dans les mêmes conditions, d'après des traités intervenus entre la France et cet Etat.

L'article 13 ayant été abrogé par la loi de 1927, la première situation ne peut plus se produire. Quant à la seconde, elle ne se rencontrera que pour les femmes italiennes (2). Il existe bien un traité d'établissement Franco-Suisse du 23 Février 1882, mais le Code Civil suisse de 1912 a supprimé l'hypothèque légale.

Quoiqu'il en soit de cette jurisprudence (3) contre laquelle s'élève la quasi-unanimité de la doctrine (4). On peut penser que l'article 11 sera prochainement abrogé, comme le prévoit le projet de la Société d'Etudes Législatives (5), et la question de conflit des lois sera seule à se poser.

(1) La femme française mariée à un étranger et conservant sa nationalité, ou l'étrangère devenue française, auraient évidemment la jouissance de l'hypothèque légale. V. *Bartin*, sous *Aubry et Rau*, § 469, note 13 bis, t. VII, p. 188 et *Trib. du Havre*, 29 Décembre 1928, *Cl* 1929-1948, *Rev. de D. I. P.* 1929, 653, note de M. Niboyet, *Baussy contre Vandeldène*.

(2) *Traité Franco-Sarde* du 24 Mars 1760, article 22.

(3) V. note *Cass. Civ.* 20 Mai 1862, *S.* 1862, 1, 673 *Frentzel contre Seligman* (conclusions contraires de l'avocat général de Raynal); *Cass. Civ.* 20 Mai 1872, *Cl.* 1874, 124, *Dupré contre Poerlaert*; *Cass. Civ.* 4 Mars 1884, *Cl.* 1884, 502, *Baxter contre Crédit Agricole*; *Cass. Req.* 27 Janvier 1903, *S.* 1904, 1, 81, note de M. Pillet, *Monnet contre Pinget*, etc. et en dernier lieu, *Trib. du Havre*, 29 Décembre 1928, précité.

(4) V. cep. dans le sens de la jurisprudence : *Valéry, Manuel* n° 322, p. 421. n° 724, p. 1033.

(5) *Bulletin*, 1930, p. 176.

Institution de protection, qui se présente comme le complément du système de l'incapacité, l'hypothèque légale ne peut dépendre que de la loi qui gouverne l'incapacité, et plus largement des effets personnels du mariage. C'est la solution qui paraît la plus rationnelle. Mais on ne peut dire qu'elle soit consacrée par la jurisprudence : celle-ci, toutes les fois qu'elle a reconnu à la femme étrangère, le droit d'invoquer le bénéfice de l'hypothèque légale en France, a confondu la question de jouissance des droits civils et celle du conflit de lois, et elle a, semble-t-il, appliqué la loi française à la concession même de l'hypothèque légale ; c'est une solution qu'on peut fonder sur une certaine interprétation de l'article 3, alinéa 2 : mais c'est étendre le texte hors de son domaine d'application.

Il ne serait pas plus exact de soumettre la concession de l'hypothèque à la loi qui gouverne le régime matrimonial ; sans doute, les créances qu'elle garantit ont toutes leur origine dans le fonctionnement du régime matrimonial. C'est ce que paraît dire l'article 2135 du Code Civil. Mais le texte de principe, c'est l'article 2121 qui fait de l'hypothèque un effet direct du mariage ; cependant, quelques décisions (1) et quelques auteurs (2) se sont prononcés pour l'application de la loi du régime.

Mais cette qualification est inadmissible : la loi nationale s'appliquera seule, sauf peut-être au point de savoir si l'hypothèque légale porte ou non sur les acquêts (3).

(1) Epoux étrangers ayant adopté un régime conventionnel français. Douai, 29 Décembre 1881, Cl. 1883, 511, Cass. civ. 4 Mars 1884, Cl. 1884, 502, Alger 25 Mars 1895, Cl. 1896, 617. Contra : Trib. du Havre 29 Déc. 1928 précité.

(2) *Id.* en ce sens, Rep^{re} de D. I. P. V^o Hypothèque légale, t. VIII, p. 579.

(3) V. un exemple dans Trib. civ. Seine, 31 Décembre 1910, Cl. 1911, 99, note de M. Perroud, Rev. de D. I. P., 1911, p. 369. Durand-Bourdon contre Rossetti : refus de l'hypothèque légale, par application des articles 1969, 1982 du Code Civil italien ; mais la question n'a pas été résolue, la loi italienne s'appliquant aussi au régime matrimonial.

D'autre part, la nature mobilière ou immobilière de l'hypothèque, son rang, sa publicité, dépendent uniquement de la *lex rei sitae*. Ainsi, la Cour de Cassation a décidé qu'une femme italienne pouvait invoquer son hypothèque en France, sans remplir les conditions exigées par la loi italienne (1). Il semblerait logique cependant d'exiger que la femme ait satisfait aux conditions exigées par la loi nationale. On peut répondre que c'est là une question qui relève uniquement de l'organisation du régime des biens, dont le but est de protéger l'intérêt des tiers, non pas les créanciers du mari, qui auraient tout intérêt à voir refuser l'hypothèque, puisqu'ils sont primés ou exclus par elle, mais les ayants-cause de la femme qu'elle aurait subrogés dans son droit.

Nous sommes ainsi amenés, après cet aperçu rapide, à examiner dans quelles conditions la femme pourra disposer de son droit.

Cela pourra se produire dans deux situations différentes : tantôt la femme cède son droit à des tiers, ou bien y renonce à leur profit, tantôt elle consent, dans ses rapports avec son mari seul, à la réduction ou à la restriction de son hypothèque.

Les deux hypothèses n'offrent d'ailleurs aucune différence de principe : mais dans la première, c'est un tiers qui profite de l'acte de disposition, tandis que dans la seconde, c'est le mari lui-même.

§ 2. *Les contrats relatifs à l'hypothèque légale*

On peut dire que les différents actes par lesquels la femme cède son droit à des tiers, ou les y subroge, ou bien encore y renonce à leur profit, forment l'élément le plus vivant et le plus remarquable de l'hypothèque; celle-ci n'est plus une garantie, c'est un moyen, et un moyen très efficace, mis à la disposition de la femme pour intervenir dans

(1) Cass. Civ. 5 Novembre 1878, Cl. 1879, 65, S. 1879, 1, 126, Abudarham.

les affaires du ménage. On paraît ainsi s'éloigner du système de l'incapacité dans sa conception classique, mais en réalité, tous ces actes posent la question de savoir dans quelles conditions la femme peut ainsi engager des opérations dont les conséquences peuvent lui être préjudiciables, et la priver d'une protection que l'accroissement de son rôle ne compense pas.

Du côté du mari, d'ailleurs, le changement n'est pas moins grand : il a lieu tout à son avantage : l'hypothèque au lieu de couper son crédit, va lui permettre d'en trouver plus facilement.

Tout comme l'incapacité, tout comme l'hypothèque légale, le droit de disposition de la femme ne peut dépendre, en principe, dans ces conditions, que de la loi qui gouverne les effets du mariage. Mais d'autre part, il est impossible de ne pas faire une place à la loi qui gouverne le régime matrimonial, à la loi qui régit la situation des biens, à la loi qui régit la situation des biens, ou même à la loi qui régit la forme des actes.

La loi personnelle, tout d'abord, est seule qualifiée pour déterminer la possibilité et les conditions de fond des actes relatifs à l'hypothèque (1). C'est ce qui a décidé la Cour de Chambéry, dans un arrêt que nous avons déjà rencontré (2). Une femme sarde, soumise au régime paraphernal de la loi sarde, avait, postérieurement à la réunion de la Savoie à la France, cédé le rang de son hypothèque légale dans un acte où elle se portait caution de son mari. Son statut personnel primitif lui interdisait de le faire, sans autorisation de justice, (art. 2264-2265 du Code Civil sarde). Mais, depuis l'annexion, elle est régie, quant à son statut personnel, par l'article 217 du Code Civil. L'arrêt a admis, par application de cette idée, que l'acte était parfaitement valable, dès l'instant que la loi française avait été respectée : la loi du régime matrimonial est inapplicable en l'espèce.

(1) En ce sens, Pillet, *Traité*, t. I, p. 596, *Bartin*, *Principes*, § 299, t. II, p. 239.

(2) Chambéry, 19 Novembre 1877, *Cl.* 1878, 160. Ci-dessus *Pre-mière partie*, p. 95.

Le Tribunal de la Seine (1) a également décidé qu'une femme italienne peut valablement subroger un tiers dans le bénéfice de son hypothèque légale, conformément à la loi italienne applicable à son statut personnel.

Inversement, si la loi personnelle prohibe ces opérations, il faudra respecter ses dispositions.

Au cas de nationalités différentes des époux, on ne voit aucune raison d'appliquer la loi personnelle de la femme, plutôt que celle du mari : c'est la loi applicable aux effets du mariage telle qu'elle a été déterminée, qui est seule compétente.

La loi qui gouverne le régime matrimonial pourrait cependant intervenir : si l'on suppose des époux mariés sous un régime dotal, semblable au nôtre, la femme ne pourra pas disposer de son hypothèque. C'est tout ce qui reste de la prohibition Velléienne, mais il est clair que cette incapacité spéciale est une règle de régime (2) : comme autrefois le régime dotal était le régime d'élection de l'incapacité Velléienne, aujourd'hui, il est devenu le refuge de son dernier vestige (3).

Des époux, sans adopter formellement le régime dotal, peuvent aussi s'interdire de telles opérations dans leur contrat de mariage. Une telle interdiction n'aurait rien de contraire à l'ordre public ; là encore, c'est la loi de régime qui s'appliquerait.

Ces divers actes sont soumis, en droit français, à des exigences de forme et de publicité (4) notamment l'authenticité et l'inscription, ou la transcription.

L'exigence de l'authenticité, tout d'abord, a le caractère d'une mesure de protection, mais elle intéresse aussi la sécurité des transactions ; elle s'appliquera à toutes les femmes françaises, quel que soit le lieu où elles contrac-

(1) Trib. civ. Seine, 31 Déc. 1910, précité.

(2) C'est la réserve qu'a faite l'arrêt de la Cour de Chambéry.

(3) La loi de régime s'appliquerait aussi à la détermination des cas exceptionnels dans lesquels la femme peut céder son droit.

(4) Loi du 23 Mars 1885, art. 9 (loi du 13 Février 1889).

tent ; mais la définition de l'authenticité dépendra de la loi locale, comme nous l'avons vu (1).

Mais, s'agissant d'une femme étrangère en France, pourra-t-elle, si sa loi nationale le lui permet traiter dans la forme privée ? Cela semble difficile à admettre à cause du lien que la loi établit entre la forme et le fond, d'une part, et la publicité d'autre part. L'exigence de la forme authentique s'imposerait donc parce que le régime des biens est intéressé : la loi française s'appliquera tant comme *lex loci* qu'à titre de *lex rei sitae*.

La publicité des actes contenant un abandon quelconque par la femme de son droit, tout comme la publicité de l'hypothèque elle-même ne dépendra également que la *lex rei sitae* : si elle n'en prévoit aucune, alors que la loi nationale en exige une au contraire, les actes seraient valables sans aucune formalité de publicité. C'est la solution indiquée par la qualification française. Mais les époux, dans ce cas, risqueraient fort de voir les opérations annulées par leurs Tribunaux nationaux, si l'affaire venait à leur être soumise.

Inversement d'ailleurs, si la loi nationale ne prévoit aucune publicité, la loi territoriale pourrait très bien en imposer une.

Enfin, si elle prohibe ces actes mêmes, la *lex rei sitae* devrait être respectée : c'est une solution qu'on peut tirer logiquement de l'article 3, alinéa 2 ; l'ordre public territorial, mais non l'ordre public international, est directement intéressé : on appliquera donc la *lex rei sitae*, mais non la *lex fori*, au cas où elles ne coïncideraient pas.

L'ordre public international pourrait-il intervenir dans l'hypothèse inverse : la loi nationale prohibant ces conventions, et la loi territoriale, ou plutôt la *lex fori*, considérant la libre circulation des biens comme un principe intangible ? nous ne le pensons pas : ici encore, il s'agit d'une question qui relève uniquement du

(1) Ci-dessus, p. 140.

régime des biens : la règle de l'article 3, alinéa 2, permet d'aller jusque là.

Une autre question se pose: c'est celle de la preuve qui devra être apportée de l'intention de la femme. Ainsi, une femme étrangère, à laquelle sa loi permet, par hypothèse, de disposer de son droit, stipule comme caution (solidaire ou non) de son mari, dans l'acte de vente passé par son mari, et concernant l'un des immeubles français de ce dernier (1). Cette stipulation vaudrait-elle renonciation, par application de la loi Française ? l'opinion affirmative a été soutenue (2).

Il semble bien pourtant que cette faculté doive être restreinte aux seules femmes françaises, car elle se rattache à l'expression du consentement. Si la loi étrangère exige, dans tous les cas, une stipulation expresse, la preuve de la renonciation n'aura pas été apportée, et l'acte ne pourra produire cet effet ; ce n'est qu'au cas où, sans préciser, la loi étrangère se contente d'une volonté clairement exprimée, que la femme pourra ainsi renoncer à son droit.

Les effets de la renonciation, subrogation ou cession, vis à vis des ayant-cause des époux acquéreurs de l'immeuble, subrogés ou cessionnaires de l'hypothèque, et plus généralement, de tous les tiers, ne semblent pas se rattacher à la loi personnelle, et pas davantage à la loi du régime. C'est encore une question qui intéresse l'organisation de la propriété foncière et la sécurité des transactions: elle ne peut relever que de la *lex rei sitae*: Ainsi les conditions dans lesquelles la purge aura lieu (3), l'opposabilité de la cession aux tiers (4), les effets restreints de la subrogation (5), seraient soumis à la loi française, toutes les fois qu'il s'agirait d'un immeuble français.

(1) Loi du 13 Février 1889, 3^e alinéa.

(2) V. Paul Dumont, Nouv. Rev. Prat. de D. I. P. 1908, 361 s.

(3) Loi de 1889, 1^o.

(4) Loi de 1855, art. 9.

(5) Loi de 1889, 5^o.

Toutes ces solutions s'appliqueraient au regard des Tribunaux français aussi bien pour des actes passés à l'étranger que pour les actes passés en France, et concernant des immeubles situés dans un pays quelconque.

Mais il convient peut-être d'apporter une réserve à cette formule s'agissant d'actes passés à l'étranger et concernant des immeubles français: en effet, l'article 2128 du Code Civil dispose que « les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités ».

Actuellement, ces traités sont au nombre de trois: le traité Franco-Sarde du 24 Mars 1760, le traité Franco-Suisse du 28 Mai 1777, et la convention Franco-Belge du 8 juillet 1899 (1). La question ne se poserait donc pas, en pratique, puisque les seules femmes auxquelles la jurisprudence reconnaît l'hypothèque sont celles qui peuvent aussi se prévaloir d'un traité (2). Mais à supposer que le droit à l'hypothèque légale soit reconnu à toutes les femmes étrangères, faut-il considérer que cette disposition s'appliquerait ici ?

Elle déroge à la règle « *locus regit actum* », cela est certain, et de plus, elle n'est autre chose que le résultat d'une confusion entre l'authenticité et la force exécutoire: c'est un legs de notre ancien droit, suivant lequel les actes authentiques emportaient hypothèque (3). Pour ces deux raisons, le texte doit être interprété restrictivement: le droit à l'hypothèque ne naît pas ici du contrat: son ori-

(1) Aubry et Rau, § 266, t. III, p. 467, et § 769 ter, texte, n° 5, et note 20, t. XII, p. 519.

(2) Les femmes italiennes, mais non les femmes belges. Quant aux femmes suisses, on sait qu'elles n'ont pas d'hypothèque légale. V. ci-dessus, p. 161.

(3) Aubry et Rau, § 769 ter, loc. cit.

gine est dans la loi. L'article 2128 ne s'appliquera donc qu'à l'hypothèque conventionnelle (1).

Il faudrait toutefois réserver le cas de fraude à la loi française, pour les actes passés par une femme française à l'étranger. Cela ne pourrait se concevoir que si la fraude était nettement caractérisée, et si les dispositions de la loi étrangère étaient radicalement plus libérables que celles de la loi Française.

§ 3. *Les restrictions et réductions à l'hypothèque légale*

En droit français la restriction de l'hypothèque légale est permise, sous des conditions assez sévères, dans deux cas différents: elle peut être stipulée dans le contrat de mariage: article 2140 du Code Civil, ou bien elle peut être, pendant le mariage, demandée aux tribunaux, articles 2144 et 2145: c'est la réduction judiciaire.

C'est la loi personnelle qui décide uniquement, tout d'abord de la possibilité et des conditions de fond d'une réduction par contrat de mariage (2). Le fait qu'une telle stipulation est une convention matrimoniale ne saurait justifier l'intervention de la loi qui gouverne le régime matrimonial; c'est une disposition de protection, se rattachant à la règle de la liberté limitée des conventions matrimoniales: il ne peut être convenu, d'ailleurs, que l'hypothèque sera complètement supprimée. Mais la règle de l'immuabilité des conventions matrimoniales empêchera, en cas de conflits mobiles, l'intervention de la loi nationale nouvelle, à supposer qu'elle soit applicable (3).

Les conditions de forme seraient celles qui sont exigées pour la validité du contrat de mariage; c'est ainsi la loi locale qui définira l'authenticité, mais la publicité

(1) Weiss, *Traité*, t. III, p. 649, t. IV, p. 28; *Bartin, Principes*, § 355, t. II, p. 480.

(2) En ce sens: *Pillet, Traité*, t. I., p. 597; *Bartin, Principes*, § 299, t. II, p. 239.

(3) Voir ci-dessous les décisions rendues en ce sens.

dépendra de la *lex rei sitae*, dans l'intérêt des tiers pouvant engager avec les époux des opérations immobilières. Si la loi nationale interdit la restriction de l'hypothèque, alors que la *lex rei sitae* les permet, on pourrait songer à faire prévaloir cette dernière, par application de l'article 3, alinéa 2; dans l'hypothèse inverse, la loi territoriale, interdisant ces opérations permises par la loi nationale, devra être également respectée, toujours en vertu de la règle posée par l'article 3, alinéa 2, pour les immeubles français: C'est la solution que nous avons donnée pour les subrogations, cessions, ou renonciations (1).

Quant aux effets de la restriction, ils dépendent de la loi personnelle, mais: si la *lex rei sitae* n'admet que des hypothèques spéciales, l'hypothèque générale ainsi réduite pourra-t-elle produire ses effets? Il semble bien qu'on devrait l'admettre: en effet, l'hypothèque ainsi réduite est une hypothèque spéciale: c'est ce que décide l'article 2140: « les immeubles qui ne seraient pas indiqués pour l'inscription resteront libres et affranchis de l'hypothèque ». Mais c'est seulement « pour la dot de la femme, et pour ses reprises et conventions matrimoniales ». Les autres créances de la femme, qui prennent naissance pendant le mariage, et qui déterminent le rang de l'hypothèque par leur date (2) restent garanties par une hypothèque; son caractère: l'assimilation n'est pas possible, à moins peut-être que la femme n'invoque sur l'hypothèque que pour sa dot, ses reprises, et conventions matrimoniales.

Les mêmes principes s'appliquent à la réduction judiciaire: la loi nationale détermine sa possibilité, ses conditions, ses effets, les questions de compétence et de procédure étant soumises à la *lex fori*, et les formalités de publicité étant celles de la *lex rei sitae*.

Comme dans toutes les hypothèses de ce genre, l'intervention des Tribunaux locaux ne se comprend que s'il

(1) Ci-dessus, p. 166.

(2) Art. 2135, 4^e et 5^e al.: successions, donations, récompenses remploi.

existe entre eux et les tribunaux nationaux une certaine correspondance (1).

La jurisprudence a eu à se prononcer plusieurs fois sur les difficultés soulevées par la réduction de l'hypothèque, compliquées ici encore, d'un conflit d'annexion.

Ainsi, une affaire Chapelle-Raffet a donné lieu à quatre décisions, dont un arrêt de cassation (2).

Une femme sarde avait, dans un contrat de mariage passé en 1859, suivant la loi sarde (3), restreint son hypothèque à un immeuble de son beau-père. Celui-ci mourut en 1868, et le partage de la succession fit tomber le terrain pour moitié dans le lot d'un de ses héritiers : celui-ci fit dégrever son lot par le Tribunal de Chambéry, et l'hypothèque fut transportée sur d'autres biens. Postérieurement, les deux époux se firent séparer de biens, et la femme, en 1875, fit inscrire son hypothèque ainsi transportée. Un ordre s'ouvrit sur les biens grevés et des créanciers soutinrent que l'hypothèque n'avait pris rang qu'en 1875 et non en 1859 : le Tribunal de Chambéry rejeta cette prétention, mais la Cour l'admit.

Sur pourvoi, la Cour de Cassation décida que la réduction et le transfert étaient soumis à la loi contemporaine du mariage : elle semble faire prévaloir la loi du régime. Mais, en réalité, le transfert de l'hypothèque avait eu lieu dans les conditions de l'article 2144 du Code Civil, de sorte que la solution n'est pas bien nette.

Quant à la publicité, c'est la loi française qui s'applique à titre de *lex rei sitae*, et l'article 2135 accorde l'hypothèque indépendamment de toute inscription : la femme passera donc avant les créanciers dont l'hypothèque n'avait pris rang qu'après le jugement de transfert ;

(1) Ci-dessus, p. 144.

(2) Tribunal de Chambéry, 2 Août 1876, Cour de Chambéry, 9 juillet 1877, Cass. Civ. (cass.), 2 Août 1880, D. P. 1880, I, 377 ; S. 1882, I, 401 ; Grenoble (sur renvoi), 6 Juillet 1882, D. P. 1883, 2, 89 ; S. 1884, 2, 209, note de M. Labbé.

(3) Articles 1536, 1563 du Code Civil sarde.

L'arrêt de la cour de Chambéry fut cassé. Sur renvoi, la Cour de Grenoble précisa dans quelles conditions l'hypothèque devait prendre rang ; pour la dot et les reprises, c'est à la date du contrat de mariage. Pour les autres créances, c'est à la date du Sénatus-Consulte qui déclare exécutoires en Savoie les lois françaises : à partir de ce moment (12 Juin 1860) c'est la loi française qui s'applique aussi bien comme loi nationale que comme *lex rei sitae*.

En somme, si la solution est correcte, le caractère particulier de l'hypothèque, qui portait sur les biens du beau-père, pouvait néanmoins faire douter que l'hypothèque fut dispensée d'inscription (1), et surtout il a conduit à une combinaison de la loi sarde, loi nationale primitive, loi applicable, aussi, au régime matrimonial, avec la loi française. Il fallait nécessairement respecter les opérations antérieures à l'annexion, et leur adaptation approximative à la loi française, en conséquence de cette annexion.

Une question analogue se posa un peu plus tard, également devant la Cour de Chambéry et la Cour de Cassation (2) : lorsque l'hypothèque de la femme a été restreinte, par contrat de mariage, à un immeuble de son beau-père, suivant les prescriptions de la loi sarde, la femme ne peut plus prétendre à une collocation hypothécaire sur les biens de son mari : c'est la solution qu'ont donnée successivement les deux arrêts.

Ici encore, la question paraît avoir été rattachée au régime matrimonial, mais le caractère de convention matrimoniale attribué ainsi à l'opération, tant par la loi sarde que par la loi française, commandait cette solution : la règle de l'immutabilité, reconnue par les deux législations, ne permettait pas qu'il en fût autrement.

(1) V. la note de M. Labbé au Sirey.

(2) Chambéry, 26 Juillet 1880, Cl. 1881, 253 ; Cass. Civ., 23 Mai 1883, S. 1883, 1, 397, Davioud.

SECTION IV

LES INCAPACITÉS SPÉCIALES

Le Code Civil a supprimé l'ancienne prohibition Velleienne, encore en vigueur dans certaines parties de la France lors de sa promulgation. On peut s'étonner d'ailleurs, qu'il ait négligé de protéger la femme contre les abus d'influence de son mari, alors qu'il établit un contrôle de l'autorité maritale, et que, d'autre part, il apporte des restrictions à la liberté des contrats entre époux (1). Tout au plus interprète-t-il l'engagement de la femme contracté solidairement avec son mari comme un simple cautionnement (2). Il y a d'ailleurs de bonnes raisons pour limiter cette règle au régime de communauté, de sorte que l'article 1431 ne s'appliquerait qu'aux époux mariés sous le régime français de communauté, quelle que soit leur nationalité (3).

De même sous le régime dotal, la femme ne peut céder son hypothèque légale (4). On est en présence, sans aucun doute, d'une règle de régime matrimonial.

Au contraire, un certain nombre de législations étrangères contenaient des prescriptions, aujourd'hui disparues pour la plupart, et dont le but est précisément d'établir un contrôle de l'autorité maritale, lorsque les intérêts de la femme risquent d'être sacrifiés. Quelles que soient les particularités de son fonctionnement, le principe était toujours le même : c'était la reproduction plus ou moins atténuée de la prohibition Velleienne.

Sur le plan du conflit des lois, ces incapacités spéciales, se présentant comme des mesures générales de protection, doivent relever de la loi personnelle.

(1) Revocabilité des donations, prohibitions de la vente et de la Société.

(2) Article 1431 du Code Civil.

(3) En ce sens, *Bartin, Principes*, § 308, t. II, p. 275.

(4) *V. ci-dessus*, Section III, p. 165.

Cette qualification se déduit, non pas du droit français actuel, mais du caractère attribué autrefois au Sénatus-Consulte Velleien par les anciens statutaires (1). Mais la jurisprudence a parfois méconnu le principe, sous l'influence de deux idées différentes : tantôt elle a paru rattacher l'institution au régime matrimonial, tantôt elle l'a rattachée à la *lex rei sitae*, s'agissant d'engagements contractés par la femme sur ses immeubles.

Il nous faudra donc examiner tout d'abord les qualifications de la jurisprudence (§ 1) et ensuite les difficultés d'application que soulève ce contrôle dans la pratique au point de vue de l'autorisation (§ 2).

§ 1. *Les qualifications de la jurisprudence.*

Le conflit se posa d'abord devant la jurisprudence sous la forme qu'il avait revêtu avant le Code Civil, à propos des anciennes coutumes reproduisant la prohibition Velléienne : c'était donc, non pas un conflit international, mais un conflit de statuts.

Néanmoins, l'examen des solutions qu'il a reçues est ici nécessaire, puisque la qualification est la même dans les deux hypothèses.

Un certain nombre d'arrêts décident ainsi que le Sénatus-Consulte Velléien est un statut personnel, par opposition à l'inaliénabilité dotale, qui est un statut réel ; il se rattache, d'un autre côté, non pas au régime matrimonial, mais à la capacité de la femme (2), c'est l'application pure et simple des principes statutaires, du moins dans leur dernier état (4).

Mais d'autres décisions se prononcent en sens contraire (4) et font du Velléien un statut réel, le rattachant

(1) V. ci-dessus, Première Partie, p. 53.

(2) Paris, 11 Frimaire an XIV ; Rouen, 24 Juin 1809 et 1^{er} Août 1817 ; Cass. Civ. 27 Août 1810 (Sirey chronologique) etc.

(3) V. Merlin, Questions de droit, V^o S. C. Velléien, § 3.

(4) Cass. req. 5 Mars 1811, 11 Avril 1834 (Sirey chronologique) ; 25 Mars 1840, S. 1840, 1, 630. Limoges, 22 Juin 1828, S. 1829, 2, 20.

à l'inaliénabilité dotale, et par conséquent, semble-t-il, au régime des biens entre époux. C'est un dernier écho de l'incertitude et de la confusion qui régnaient dans la théorie des statuts : le fait qu'on se trouve en présence d'une incapacité spéciale peut expliquer ces contradictions, sinon les justifier, si l'on se rappelle la tendance exagérément réaliste dont faisait preuve la jurisprudence à cette époque.

C'est dans ces conditions qu'intervinrent les deux arrêts de la Cour de Paris et de la Cour de Cassation dans l'affaire Bonar contre d'Ilervas (1), s'agissant alors d'un véritable conflit international : l'engagement contracté par une femme espagnole au profit de son mari et nul d'après la loi espagnole, est reconnu valable par application de la loi française. La Cour de Paris en donne force arguments : il s'agissait d'un immeuble français : l'article 3 alinéa 2 justifie la compétence de la loi française. D'autre part, le contrat avait été passé en France, par une femme qui y était domiciliée : or, dit la Cour, d'après les statutaires le Velléen était soumis à la loi du domicile actuel. Enfin, le co-contractant français avait ignoré les dispositions de la loi étrangère, argument beaucoup plus logique.

La Cour de Cassation, sur pourvoi, invoqua l'article 3 alinéa 2, et le silence de l'article 3 en ce qui concerne les étrangers.

Ce mélange d'arguments empruntés à la théorie des statuts et tirés du Code Civil lui-même prouve, d'ailleurs, non pas que le Code a consacré la théorie, mais au contraire l'a rejetée. La solution correcte avait cependant été appliquée par le Tribunal de la Seine qui avait su se placer sur le véritable terrain, celui de la capacité, régie par la loi nationale.

Ces deux arrêts demeurèrent isolés ; la jurisprudence finit, en effet, par dégager le principe : à l'occasion d'un

(1) Paris, 15 Mars 1831, S. 1831, 2, 237 ; Cass. Civ., 17 Juillet 1833, S. 1833, 1, 663 ; contra Trib. Civ. Seine, 4 Juin 1829, S. 1831, 2, 237 ; Cf. ci-dessus, Première partie, p. 40-41.

conflit l'annexion la Cour de Chambéry (1) décide que le Velléen est une règle de statut personnel. Dès lors, la femme sarde qui, depuis la réunion de la Savoie à la France, s'est engagée pour son mari, a pu le faire sans autorisation de justice, malgré l'article 2054 du code civil Sarde ; celui-ci a fait place à la règle de l'article 217 du code civil qui se contente de l'autorisation maritale.

La jurisprudence postérieure applique dès lors très correctement le principe : la Cour de Chambéry, encore une fois, dans une affaire Févat contre Chappaz (2) pour une femme valaisane, le Tribunal de commerce de la Seine (3) pour une femme bernoise, la Cour d'Aix (4) pour une femme vaudoise, la Cour de Chambéry (5) et la Cour de Cassation (6) pour une femme genevoise, reconnaissent l'application en France des dispositions qui soumettent les engagements contractés dans l'intérêt de leur mari à une autorisation spéciale.

La question de qualification se posait seulement au point de vue de la loi personnelle, par opposition à la *lex rei sitae* : dans toutes ces espèces en effet, les époux étaient soumis au régime de leur loi nationale. Mais la question ainsi posée ne saurait faire aucun doute. Le tribunal de la Seine (7) dans l'affaire de la succession de la reine Marie-Christine, décide que l'article 55 du « Motu Proprio » de Grégoire XVI (loi pontificale romaine du 10 Novembre 1834) qui exige, pour que la femme puisse compromettre, l'autorisation de justice, est une disposition de statut personnel qui suit les époux en tous pays. En conséquence,

(1) Chambéry, 19 Novembre 1877, Cl. 1878, 160. *U.* ci-dessus, Première Partie, p. 95 et II^e Partie, p. 164.

(2) Chambéry, 9 Juin 1884, Cl. 1885, 180, D. P. 1885, 2, 279.

(3) Trib. comm. Seine, 10 Mai 1886, Cl. 1887, 183, de Graffenried.

(4) Aix, 4 Mars 1890, Cl. 1891, 1202, Gougoltz.

(5) Chambéry, 10 Avril 1895, D. P. 1896, 2, 524.

(6) Cass. Req. 29 Décembre 1896, Cl. 1897, 555. Guilois c. de Pateck.

une femme devenue sujette pontificale, n'a pu s'engager en France au mépris de ces dispositions.

Dans toutes ces hypothèses, encore qu'il s'agisse, d'une incapacité spéciale (1), inconnue du droit français, c'est la qualification de statut personnel qui prévaut, d'une part, sur celle de règle du régime matrimonial, et d'autre part, beaucoup plus nettement sur celle de « statut réel » (2).

§ 2. *L'autorisation*

L'incapacité dont la femme étrangère est ainsi frappée peut être en général, levée par une autorisation, qu'elle obtiendra, soit de la justice, soit de toute autre autorité reconnue compétente à cet effet par sa loi personnelle.

Lorsque, tout d'abord la loi personnelle se contente d'une autorisation de la justice (3), il est évident que la femme étrangère pourra s'abstenir aux Tribunaux français, si ces derniers sont compétents: on ne saurait exiger d'elle qu'elle s'adressât à ses tribunaux nationaux sous peine d'aboutir parfois à des dénis de justice. La règle est ici la même que pour l'autorisation destinée à lever l'incapacité générale.

(1) M. Batiffol, op. cit. p. 203, estime que, dans l'affaire Fevat contre Chappaz, la Cour de Chambéry a appliqué la loi étrangère parce qu'il s'agissait d'une question de capacité générale: il n'en est certainement pas ainsi.

(2) C'est la loi étrangère qui détermine également les exceptions que peut recevoir la prohibition Velléienne: Cour de Paris, 8 Avril 1880, Cl. 1880, 477, Haymann contre Mayer (v. Cl. 1879 p. 273) une femme mariée à un citoyen de Francfort, peut s'obliger pour éviter la déclaration d'insolvabilité de son mari, conformément aux prescriptions du Droit Romain actuel, applicable à l'espèce. dans ce cas la prohibition Velléienne ne joue plus.

(3) C'était le cas de la loi italienne, anc. art. 136 du Code Civil Italien.

Mais l'intervention des tribunaux français, restera toujours facultative : les époux pouvant s'adresser à leurs tribunaux nationaux, lorsque ceux-ci sont restés compétents : la décision ainsi obtenue n'aura pas besoin d'être revêtue de l'exequatur pour produire ses effets en France (1) ; le fait qu'on se trouve en présence d'une incapacité spéciale ne modifie nullement cette règle.

Si, au contraire, l'autorisation exigée par la loi nationale doit être demandée à un organisme spécial, sans équivalent en France, nos tribunaux devraient se déclarer incompétents. En effet, la constitution de l'autorité appelée à intervenir est ici inséparable de la loi qui établit l'incapacité. On ne pourrait songer d'autre part à créer cet organisme, même occasionnellement.

C'est bien la conclusion qui se dégage des décisions qu'on a rencontrées précédemment : c'est tantôt une « Chambre Pupillaire (2) », tantôt une « Abbaye (3) », tantôt deux « Conseils » nommés par le Procureur Général (4) qui auraient dû accorder l'autorisation : cette formalité n'ayant pas été remplie, ou l'ayant été irrégulièrement (5), l'engagement contracté par la femme était nul. Les tribunaux ont très correctement appliqué les prescriptions de la loi étrangère.

Les incapacités spéciales nous apparaissent ainsi comme le complément de l'incapacité générale : elles sont soumises, sur le plan du conflit des lois, aux mêmes principes ; sans doute leur étude appartient déjà au passé, mais son intérêt théorique reste grand : elle permet de préciser, d'une part, la notion de qualification, et d'autre part, les conditions dans lesquelles nos tribunaux peuvent interve-

(1) V. ci-dessus, Section I, p. 141, note 2.

(2) Chambéry, 9 Juin 1884, précité.

(3) Trib. comm. Seine, 10 Mai 1886, précité.

(4) Chambéry, 10 Avril 1895, précité.

(5) Dans l'espèce du 9 Juin 1884, l'autorisation avait été irrégulièrement donnée par le Président de la Chambre Pupillaire, au lieu d'émaner de la Chambre elle-même.

nir dans les rapports entre les époux: sur ces deux points, l'autorité des décisions auxquelles les incapacités spéciales ont donné lieu demeure entière et peut être ainsi étendue aux difficultés analogues que soulève l'organisation actuelle des rapports entre époux.

CHAPITRE II

Influence de la loi qui gouverne le régime matrimonial sur la capacité de la femme mariée

L'intervention de la loi qui gouverne le régime matrimonial, lorsqu'il s'agit de régler la condition de la femme, est la conséquence nécessaire, sur le plan du conflit des lois, de ce lien que nous avons retrouvé dans toutes les législations, et plus particulièrement en droit français, entre la réglementation des rapports personnels entre les époux et le régime de leurs biens.

La plupart du temps, la loi personnelle et la loi du régime vont coïncider, mais, parfois, aussi, elles sont différentes: c'est le cas d'époux étrangers qui adoptent un régime français, soit expressément, soit tacitement, suivant le système de la jurisprudence, qui voit dans le régime légal un régime conventionnel tacite. Il en est de même pour des époux français qui se soumettent à un régime étranger.

Sans aborder cette question (1), on peut dire qu'une des principales conséquences du système suivi par nos tribunaux est d'introduire une distinction parfois difficile à faire entre deux lois qui, à première vue, devraient coïncider.

On peut même se demander « si elle n'est pas inconciliable avec le respect dû à la loi nationale », et s'il est utile de permettre à des époux l'adoption d'un régime,

(1) V. sur ce point, Rép^{re} de D. I., V^o Communauté conjugale et contrat de mariage.

« si on l'ampute immédiatement de ses principaux effets (1) ».

En effet, au point de vue du droit français, il est certain que la liberté des conventions matrimoniales est assez restreinte (2) et cette règle ne saurait dépendre que de la loi personnelle, puisqu'elle vise essentiellement la capacité des futurs époux (3). Si l'on suppose, par conséquent, des époux français soumis à un régime étranger, l'incapacité de la femme subsistera; inversement, la capacité reconnue à la femme étrangère par sa loi personnelle sera limitée dans son exercice si elle est soumise à un régime français, en particulier à la communauté légale, mais seulement dans la mesure où la loi personnelle des époux permet ces restrictions. Cette deuxième hypothèse sera d'ailleurs la plus fréquente, à raison du grand nombre des étrangers établis en France lors de leur mariage, et soumis, d'après la jurisprudence, à la loi française, loi de leur domicile matrimonial.

L'unité est donc très désirable, mais elle reste théorique: en effet, dans le cas d'un changement de loi personnelle, la capacité des époux et de la femme peut se trouver modifiée, alors que la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'oppose à toute modification du régime matrimonial. Sans doute, au cas où les deux époux acquièrent une même nationalité, la règle peut ne plus jouer, sans doute, encore, peut-on admettre, comme le fait le projet de la Société d'Etudes Législatives (4), une

(1) Cf. Niboyet, note sous Cass. Civ. 17 Novembre 1924, S. 1925, 1, 113.

(2) Cf. Bartin, note sous Alger, 2 Mai 1898, D. P. 1898, 2, 457.

(3) En ce sens: Audinet, Principes, n° 592; Weiss, traité, t. III, p. 617; Valéry, Manuel, n° 784; Despagnet et de Boeck, Précis, 5^e éd., Nos 329-332; Surville et Arthuys, Cours Elém., 7^e éd., n° 366; Pillet Traité, II, n° 507 bis, p. 229; Bartin, note précitée et Principes, § 269, t. II, p. 136.

(4) Articles 21 et suivants du projet: Bulletin de la Société d'Et. Législ. 1930, p. 176-177. V. ci-dessus, première partie, p. 62 s.

naturalisation du régime matrimonial, correspondant à la naturalisation française des époux; mais, ce n'est là qu'une faculté, et d'ailleurs la solution n'a prévalu que dans l'intérêt unilatéral d'application de la loi française: le principe, malgré des exceptions qu'il reçoit ou qu'il est appelé à recevoir, n'en subsiste pas moins.

La distinction n'est donc pas près de disparaître, du moins si l'on s'en tient au système actuel. Et, dans les faits, elle se conçoit parfaitement: ainsi, en droit français interne, il existe plusieurs régimes différents, que les époux ont même la faculté de combiner. L'incapacité reste bien en rapports étroits avec l'organisation du régime de communauté, mais elle fonctionne aussi sous les régimes séparatistes. Les lois étrangères, de leur côté, prévoient divers régimes, qui viennent restreindre plus ou moins l'exercice de la capacité reconnue à la femme: l'exemple le plus typique est celui du *trust* anglo saxon.

Quelle influence faut-il alors reconnaître à la loi applicable au régime matrimonial, dans les limites où elle peut intervenir ? (1)

On peut partir d'un principe certain: la capacité est déterminée impérativement, tandis que les conventions matrimoniales sont, en principe, soumises à la volonté des époux. Il est donc impossible de rattacher l'incapacité au régime matrimonial (2), encore que ses conséquences soient principalement pécuniaires. C'est une conception totalement étrangère au droit français, encore qu'on la trouve dans d'autres législations; ainsi, en droit allemand, la capacité de la femme est complète, mais ses pouvoirs de disposition varient avec le régime matrimonial (3). C'est donc, une fois de plus, en conséquence de la conception

(1) Cette influence n'est pas contestée: U. D. de Vabres, *op. cit.*, p. 498-500; Guillot, *op. cit.*, p. 124 s.; Lerebours-Pigconnière, *Précis*, n° 346; adde: *Quest. Prat.* n° 21, Cl. 1879, 273, et Niboyet, *note précitée*.

(2) V. cependant Bridel. L'incapacité de la femme mariée, *Revue Générale du Droit*, 1893, p. 153 s.

(3) V. ci-dessus, *Introduction*, p. 13.

française qu'il faut déterminer, pour chaque régime, les conditions dans lesquelles la capacité de la femme se trouve modifiée. Il en est ainsi, à un double point de vue, aussi bien lorsque le régime matrimonial est soumis à la même loi que le statut personnel, qu'à une loi différente, et s'il s'agit, dans les deux cas, d'un régime français, ou au contraire d'un régime étranger, différent ou même inconnu de notre droit matrimonial.

Nous allons ainsi étudier la combinaison des deux éléments, successivement sous les régimes de communauté (Section I), sous le régime de la séparation de biens (Section II), et sous le régime dotal (Section III), dont nous rapprocherons le régime très particulier du *trust* anglo-saxon (Section IV).

SECTION I

LES REGIMES DE COMMUNAUTE

Sous les régimes de communauté, qu'il s'agisse d'un des régimes français ou d'un régime analogue étranger, c'est le mari qui administre les biens communs (1) et les biens de la femme (2) qui ne sont pas des biens réservés, et les pouvoirs qui lui sont ainsi reconnus viennent toujours restreindre l'exercice de la capacité de la femme, si réduite soit-elle.

D'autre part, les obligations contractées par la femme affectent plus ou moins, suivant qu'elles ont été autorisées ou non, suivant les conditions dans lesquelles elles l'ont été, les biens communs ou même les biens personnels de chaque époux.

Nous allons examiner successivement chacune de ces situations.

§1. *Les pouvoirs du mari*

Lorsque les époux sont soumis, quant à leur statut personnel, à la loi française, la femme ne peut jamais pos-

(1) Articles 1421 et suivants du Code Civil.

(2) Articles 1428 et suivants du Code Civil.

séder que le pouvoir d'administrer ses biens (1) qui ne sont pas des biens réservés. Sous les régimes de communauté, ce pouvoir même disparaît. La mesure dans laquelle les pouvoirs du mari entraînent ce résultat, de même que les limitations qu'ils comportent, telle est la nécessité d'obtenir le consentement de la femme pour l'aliénation de ses immeubles (2), la validité des baux qu'il passe concernant ces biens (3), sont des règles qui relèvent uniquement de la loi applicable au régime matrimonial, par opposition à la loi personnelle.

Mais, étant donné l'article 223, les époux auraient toute liberté d'en disposer autrement : la femme pourrait conserver, par contrat de mariage, l'administration et la jouissance de tout ou partie de ses biens personnels : ce serait alors un régime de séparation partielle.

Cependant s'il en est ainsi pour les pouvoirs du mari sur les biens de la femme, il en est autrement pour ceux qu'il exerce sur les biens de communauté.

Ainsi, la Cour de Colmar (4) a décidé que des époux français mariés en Allemagne et ayant adopté le régime allemand de la communauté d'acquêts, n'avaient pu par cette stipulation restreindre les pouvoirs du mari tels qu'ils sont déterminés par l'article 1421 du Code Civil français : « le mari a donc pu disposer des immeubles communs sans le consentement de sa femme, malgré les dispositions contraires de la loi allemande ».

Celle-ci prévoit, en effet, une certaine collaboration des époux, incompatible avec la conception française des droits « résultant de la puissance maritale ou qui appartiennent au mari comme chef aux termes de l'article 1388 : la loi nationale réparaît donc pour limiter la liberté des conventions matrimoniales, et on voit, en même temps, le

(1) Article 223 du Code Civil. Voir ci-dessous, p. 193.

(2) Article 1428, 3^e, du Code Civil.

(3) Articles 1429-1430.

(4) Colmar, 20 Novembre 1923, Cl. 1925, 790, Burkard, note de M. Nast.

lien étroit que notre Code établit entre l'incapacité et le régime de la communauté.

Inversement, si l'on suppose une femme étrangère que sa loi ne frappe d'aucune incapacité, mais mariée sous un régime de communauté, l'exercice de sa capacité subira certaines limitations imposées par l'ensemble des droits attribués au mari tant sur les biens communs que sur les biens de la ferme. Il en serait ainsi, quel que soit le régime de communauté adopté: la règle serait la même pour les régimes étrangers que pour les régimes français.

La question s'est posée récemment devant la Cour de Paris, qui, le même jour a rendu deux arrêts identiques (1), s'agissant d'une femme mariée norvégienne d'origine française, qui avait vendu des bijoux sans autorisation maritale.

Le Tribunal de commerce, mal informé, avait cru régler un litige entre français, et, appliquant la loi française, avait prononcé la nullité des opérations. Sur l'appel des créanciers, la Cour prononça deux arrêts infirmatifs: en effet, d'après la loi norvégienne, la femme mariée conserve sa pleine capacité (2).

Mais, la Cour ne put ainsi décider que parce que les époux étaient soumis au régime légal de la communauté universelle tel qu'il est établi par la loi norvégienne. Du moins, est-ce la solution qu'elle avait donnée parce que les parties étaient d'accord sur ce point, encore que les époux fussent établis en France.

Ce régime de la loi norvégienne est tout à fait particulier: en principe, tous les biens sont communs, et le mari, sauf certaines restrictions qui tendent à imposer la colla-

(1) Paris, 3^e ch., 7 Juillet 1928, Perahia contre Wille, Rev. de D. I. P. 1929, 81, Cl. 1929, 654, et Florentin contre Wille, Rev. de D. I. P. *ibid.*, Cl. 1932, 373, avec les conclusions de M. Lyon-Caen et la note de M. Perroud.

(2) Loi norvégienne du 29 Juin 1888, Annuaire de Législation étrangère 1889, p. 762.

boration des époux pour les actes importants, peut en disposer librement.

Aussi le mari soutenait-il que les engagements contractés par sa femme étaient nuls, non pas par défaut d'autorisation, mais parce qu'elle ne pouvait porter atteinte aux droits qu'il tenait de son régime matrimonial. Ainsi la validité de l'engagement de la femme dépendait, non plus de son statut personnel, mais de la loi qui gouverne le régime des biens.

Or, la règle de la communauté universelle subit certaines exceptions: « les linges, hardes, et bijoux » de la femme ne sont pas considérés comme des biens communs (1). Dès lors, la femme peut en disposer librement.

On pouvait d'ailleurs conserver certains doutes sur cette solution: la femme avait acheté ces bijoux, sans les payer, et les avait revendus le lendemain à vil prix: le caractère de biens propres que la Cour leur a ainsi attribué peut paraître assez artificiel, et en tout cas en désaccord avec le but de la loi norvégienne. Mais, la validité de l'achat était incontestable, puisque la femme avait la capacité de s'obliger sans aucune autorisation.

Quoiqu'il en soit de cette solution, les deux arrêts offrent des exemples très nets de l'influence que peut exercer le régime matrimonial sur la capacité de la femme, par suite des pouvoirs qu'il reconnaît au mari.

Si la Cour avait décidé, ce qu'elle aurait très bien pu faire (2), que les époux étaient soumis au régime légal français, la solution aurait certainement changé: l'acte n'eût pas été nul, mais inopposable au mari, en sa qualité d'administrateur de la communauté et des biens propres de la femme, à moins qu'il ne s'agisse de biens réservés: tant qu'aurait duré la communauté, les engagements de la femme n'auraient pu être exécutés que sur la nue-propiété de ses biens propres, puisqu'il n'avaient pas été contractés dans l'intérêt de la communauté.

(1) Article 22 de la loi de 1888.

(2) Voir la note de M. Perroud, Cl. 1932, 380.

On voit ici apparaître les effets de l'obligation de la femme sur la communauté et les biens des époux. Cette question dépend, elle aussi, comme nous allons le voir, de la loi qui gouverne le régime matrimonial.

§ 2. *Les effets des obligations contractées par la femme*

Lorsque la femme française, mariée sous le régime de communauté du Code Civil, contracte avec l'autorisation de son mari, elle engage, avec ses biens personnels, ceux de la communauté et du mari lui-même (1). Cette règle, quoiqu'elle soit la conséquence de l'incapacité, n'est que la répercussion, plus exactement, de l'autorisation sur le mari commun et la communauté, dans la conception française de ce régime et comme telle, se rattache au régime matrimonial. Des époux français mariés sous un régime étranger de communauté, n'y seraient pas soumis, et le mari pourra très bien, dans ce cas, ne pas être obligé par son autorisation.

Il en est de même, pour les actes non autorisés passés par la femme commerçante (2). Ces actes, en droit français obligent les biens de la communauté (3) ; c'est encore une règle de régime, qui ne s'appliquerait qu'aux époux soumis à un régime français.

L'effet de l'autorisation de justice enfin, qui, en principe, n'engage pas la communauté (4), sauf lorsque la femme veut tirer son mari de prison, ou en l'absence de celui-ci, établir un enfant commun (5) serait enfin soumis à la loi qui gouverne le régime matrimonial.

Toutes ces règles s'appliqueraient par conséquent, à

(1) Article 1419 du Code Civil. D'après la jurisprudence, les époux sont même codébiteurs solidaires, V. *Bartin*, sous *Aubry et Rau*, § 509, note 41 bis, t. VIII, p. 114.

(2) V. ci-dessus, Chapitre premier p. 149.

(3) Article 1426 du Code Civil.

(4) *Ibidem*.

(5) Article 1427.

des époux étrangers soumis à un régime français de communauté.

Mais, il n'en est ainsi que lorsque la femme a besoin d'autorisation pour s'engager. Si elle n'est frappée d'aucune incapacité, le système du Code Civil va subir certaines modifications.

La question s'est présentée devant le Tribunal de la Seine (1), s'agissant d'époux anglais qui avaient adopté par contrat le régime de la communauté légale. La femme avait acheté des vêtements et autres fournitures similaires, à son usage personnel. Ces achats s'étaient continués après la séparation de biens judiciaires intervenue entre les époux. Puis le divorce fut prononcé et les créanciers poursuivirent l'exécution contre la femme. Celle-ci prétendait n'avoir pu valablement s'obliger, par suite des règles françaises de la communauté. Le Tribunal estima que « la circonstance que les époux se sont mariés sous le régime français de la communauté n'a pas placé la défenderesse sous l'empire de la loi française au point de vue de la capacité ; en effet, une femme étrangère qui accepte le régime matrimonial français ne se soustrait pas à sa loi nationale en ce qui concerne sa capacité, pas plus que ne pourrait s'y soustraire une femme française qui adopterait un régime matrimonial étranger ». En effet, « en vertu de l'article 6 du Code Civil, les dispositions concernant l'état et la capacité des personnes sont d'ordre public et impératives ».

Le Tribunal faisait ainsi prévaloir la qualification française de capacité. « Il est aisé, ajoutait-t-il, de concilier le principe avec le respect dû aux conventions matrimoniales, en appliquant, par analogie, la théorie contenue dans les articles 1413 (2) et 1424 (3) du Code civil, relativement

(1) Trib. civ. Seine, 10 Février 1893, Cl. 1893. 530 V. sur cette décision, ci-dessus, Première Partie, chap. V, p. 114.

(2) Les dettes de successions acceptées par la femme autorisée de justice, sur le refus de son mari.

(3) Les amendes encourues par la femme.

aux conséquences de certaines obligations contractées valablement par la femme commune en biens, encore que sans autorisation maritale ».

Ainsi la femme était demeurée capable de s'obliger valablement sans autorisation, mais ses engagements n'ont pu être exécutés, tant qu'à duré la communauté, que sur la nue-propiété de ses biens propres.

La communauté étant d'ailleurs dissoute, les créanciers peuvent poursuivre tous les biens de la femme, comme c'était précisément le cas.

La décision semble parfaitement rendue et la distinction bien établie: les circonstances étaient d'ailleurs très favorables, par suite de la dissolution de la communauté, qui permettait de respecter les principes tout en donnant satisfaction aux créanciers français.

Mais, sur deux points, il subsiste des doutes: le Tribunal a écarté l'application de la loi anglaise sur les biens réservés, à cause des règles françaises de la communauté: une telle combinaison lui aurait paru impossible, et à cette époque, en effet, elle n'était guère concevable. C'était faire dépendre l'institution de la loi du régime, alors qu'elle se rattache à la loi personnelle (1).

Mais en réalité, la distinction des biens propres et des biens communs, par opposition aux biens réservés est une règle de régime matrimonial (2) ; ainsi la femme anglaise peut ne posséder aucun bien réservé et conserver néanmoins sa capacité (3) ; aussi bien du point de vue français que du point de vue anglais, la solution est correcte.

D'un autre côté, le Tribunal a écarté l'application de la théorie du mandat tacite, qui lui aurait permis de condamner le mari. Il est certain qu'il ne l'a fait que parce que les sommes dues pouvaient facilement être acquittées par la femme sur ses biens personnels. Sinon, la solution

(1) V. ci-dessus, Chapitre Premier, p. 150.

(2) Ibid., p. 151-2.

(3) Lois du 18 Août 1882 et du 5 Décembre 1893.

ne pouvait être douteuse : le mari et la communauté auraient été engagés (1).

Dans les deux arrêts qu'elle a rendus le 7 juillet 1928 (2), la Cour de Paris, par application des mêmes idées, a reconnu que le mari n'était pas engagé par les dépenses ou les obligations contractées par sa femme, si elle n'a pas agi dans l'intérêt de la communauté: là encore, on était en présence d'une règle du régime matrimonial, soumis à la loi norvégienne.

On peut rapprocher de ces diverses conséquences qu'entraîne l'incapacité ou au contraire la capacité de la femme sur les biens des époux la règle de l'article 1431, qui interprète, dans les rapports des époux entre eux, l'obligation de la femme contractée solidairement avec son mari comme une simple caution. C'est une question qui relève de la loi du régime (3) et qui, comme telle s'appliquerait aux époux étrangers soumis à un régime français de communauté, à condition bien entendu que leur loi personnelle permette à la femme un tel engagement (4).

Enfin, en dehors de toute question de capacité, certaines conséquences de l'activité de la femme paraissent devoir être rattachées à la loi qui gouverne le régime matrimonial: ainsi les amendes encourues pour crime par la femme commune en biens ne peuvent s'exécuter que sur la nue-propriété de ses biens personnels, tant que dure la communauté (5). Il en serait de même pour les réparations civiles d'un délit qu'elle aurait commis, qu'il s'agisse d'un délit pénal ou civil (6).

On pourrait d'ailleurs justifier cette solution en rattachant ces règles aussi bien aux effets généraux de l'obli-

(1) V. plus loin, Chapitre III, p. 254.

(2) V. ci-dessus, § 1.

(3) En ce sens, Bartin, Principes, § 308, t. II, p. 275.

(4) V. ci-dessus, Chapitre Premier, p. 173 s.

(5) Article 1424 du Code Civil.

(6) V. plus loin, Chapitre III, p. 235 s.

gation assumée par la femme qu'à l'intangibilité des pouvoirs du mari.

Cependant, la loi du régime pourrait se trouver écartée, au profit de la loi française, si elle n'ouvrait aucune action sur les biens de la femme ; c'est une intervention, d'ailleurs assez hypothétique, de l'ordre public international.

On voit par ces quelques exemples combien est étroit le lien qui unit, dans notre droit, l'incapacité au régime de communauté : ils forment les éléments d'un système relativement homogène, qu'on ne peut dissocier parfois sans inconvénients. C'est un argument très sérieux contre la jurisprudence qui soumet le régime légal à l'autonomie de la volonté, mais il serait vain de prétendre lui faire abandonner ce système.

Si jamais la conciliation devait se produire, ce serait, non pas sur le terrain de la loi nationale, mais bien plutôt par l'application de la loi du domicile (1).

Toutes ces considérations valent surtout pour les régimes de communauté, et en particulier pour le régime légal français. Mais nous allons les retrouver, à un degré plus ou moins atténué, en étudiant les régimes séparatistes.

SECTION II

LA SEPARATION DE BIENS

Sous le régime de la séparation de biens, régime conventionnel français (2), régime légal (3) ou volontaire de certains pays étrangers, régime conventionnel ou judiciaire, enfin dans un grand nombre de législations, la femme conserve ou reprend l'administration, la jouissance, et même si elle n'est frappée d'aucune incapacité, la libre

(1) V. notre Conclusion.

(2) Articles 1536 et suivants du Code Civil.

(3) L'Angleterre, la plupart des Etats des U. S. A., la Russie, l'Italie, etc...

disposition de tous ses biens. Il n'en est autrement que pour sa dot: l'inaliénabilité subsiste sous la séparation de biens, en droit français du moins (1).

Le principe même de la séparation de biens ne peut soulever aucune difficulté, lorsque la femme est capable, d'après sa loi nationale: la loi du régime n'intervient que pour lui laisser la disposition de tous ses biens. Mais, lorsqu'elle est incapable, la séparation de biens paraît lui conférer une demi-capacité, celle d'administrer ses biens et d'en percevoir les revenus. Il en est ainsi en droit français aux termes de l'article 1536 pour la séparation conventionnelle, et de l'article 1449 pour la séparation judiciaire.

On peut alors se demander quel est le sens de ces dispositions, dont il convient d'ailleurs de rapprocher l'article 1576, concernant les biens paraphernaux de la femme dotale. La femme possède-t-elle la capacité d'administrer, ou au contraire, les régimes séparatistes ont-ils pour effet de restreindre son incapacité ? On pourrait plutôt penser qu'elle possède déjà cette capacité, puisque l'article 1536 dit : « la femme conserve » ; l'article 1449, « la femme reprend » l'administration de ses biens.

D'autre part, les termes formels des articles 215 et 217, qui exigent une autorisation même si la femme est séparée de biens, interdisent que l'incapacité puisse être restreinte. Enfin, l'article 223 porte que « toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme ».

Ce texte n'apporte nullement une exception à la règle de la spécialité de l'autorisation, il en pose au contraire, le principe.

Il semble donc préférable d'admettre que la femme possède des pouvoirs que le régime matrimonial peut lui retirer, pour les donner à son mari, ou au contraire lui conserver.

(1) V. Bartin sous Aubry et Rau, 539, t. VIII, p. 579.

Cette conception de l'incapacité s'accorde parfaitement avec son fondement : la femme ne doit faire aucun acte sans autorisation, parce que le respect de la puissance maritale et la protection dont elle a besoin commandent qu'il en soit ainsi. Mais, c'est seulement pour les actes graves, susceptibles d'entraîner des conséquences incompatibles avec ces deux principes, qu'on doit l'admettre.

La puissance maritale n'est un pouvoir ni arbitraire, ni absolu, et la protection de la femme n'est pas tellement étroite qu'on ne puisse permettre à la femme d'agir sans autorisation, lorsque ses actes ne présentent aucun danger ni pour elle, ni pour son mari ; ainsi peut-elle tester librement (1). De même, elle pourra administrer librement ses biens personnels, lorsqu'elle en conserve la propriété, et si le régime matrimonial ne les soumet pas aux pouvoirs du mari.

Il en résulte que si sa capacité ne peut être modifiée en principe que par sa loi personnelle, c'est la loi du régime qui indiquera sur quels biens le mari aura des droits, et la mesure dans laquelle ces droits excluront ceux de la femme. Lorsque les époux sont séparés de biens, le mari ne possède, en principe, aucun pouvoir, mais à raison du caractère spécial que revêt chacune des formes sous lesquelles la séparation intervient, il faudra examiner successivement la séparation de biens ordinaire, la séparation volontaire, et la séparation judiciaire, lorsqu'elle intervient à titre principal (2).

§ 1. *La séparation de biens ordinaire.*

La séparation de biens, se présentant comme régime conventionnel ou légal d'époux français ou étrangers ne soulève que peu de difficultés.

Pour les époux français, c'est une question de pur droit interne, dont nous n'avons rien à dire ici, même

(1) Article 226 du Code Civil.

(2) La séparation de biens judiciaire accessoire à la séparation de corps a été étudiée plus haut : Chapitre Premier, p. 155.

lorsqu'ils sont soumis à un régime étranger ; dans ce dernier cas, sans doute, l'interprétation des règles du régime matrimonial relèverait de la loi étrangère, mais en conséquence de la qualification française, la femme ne pourrait jamais avoir, quant à ses biens personnels, qui ne seraient pas des biens réservés, une capacité plus étendue que celle de l'article 1536. Ainsi la femme ne pourrait jamais aliéner ses immeubles sans une autorisation spéciale (1).

Lorsqu'au contraire, il s'agit d'époux étrangers, il y a lieu de déterminer dans quelles conditions la séparation de biens va modifier la capacité de la femme.

Un point est certain : quelle que soit la loi applicable à ce régime, et à supposer que la loi nationale l'admette, il faut tenir compte, pour déterminer la capacité de la femme, des règles qu'il établit.

Ainsi le Tribunal de la Seine et la Cour de Paris (2) ont décidé qu'une femme portugaise séparée de biens ne peut s'obliger, en dehors des limites et des besoins de l'administration, sans obtenir l'autorisation maritale, d'après la loi portugaise, d'ailleurs analogue à la loi française ; en conséquence, ses créanciers ne peuvent prétendre que l'état de séparation de biens l'affranchit de la nécessité de cette autorisation, dès qu'elle ne s'oblige que sur son actif mobilier, quelle que soit l'importance de ses engagements.

Mais, dans certains cas, le régime matrimonial de la loi étrangère augmente la capacité de la femme dans des proportions plus grandes : il faudra alors respecter les règles qu'il établit ; c'est ce qu'a décidé la Cour de Paris (3), pour la femme italienne : le Tribunal de la Seine avait négligé de tenir compte, pour déterminer la capacité de cette femme, du fait que les époux étaient soumis à la sépa-

(1) Cf. article 1538 du Code Civil.

(2) Trib. civ. Seine, 8 Juin 1886 ; Paris, 14 Novembre 1887, D. P. 1888, 2, 225, Cl. 1888, 790, dame Négrao.

(3) Trib. civ. Seine, 6 Juillet 1898 ; Paris, 30 Novembre 1899, Cl. 1900, 786, dame Trezza di Musella.

ration de biens : la Cour a rectifié cette solution, en décidant que, d'après ce régime, la femme devait être condamnée à payer l'intégralité des dettes qu'elle avait contractées pour son entretien personnel.

Dans certains cas, d'ailleurs, l'influence respective du statut personnel et du régime matrimonial n'est pas facile à déterminer : il en est ainsi lorsque les époux ont adopté un régime étranger dont les règles sont peu compatibles avec celles qu'établit leur loi nationale : c'est le cas d'époux dont la loi ne frappe la femme d'aucune incapacité et qui adoptent le régime français : dans ce cas, les pouvoirs de la femme ne pourraient être plus larges que ceux de l'article 1536. Mais, cette solution serait difficilement conciliable avec le caractère d'ordre public des lois concernant la capacité des personnes. De plus, on ne voit pas pourquoi il en serait ainsi, puisque les pouvoirs du mari sur les biens de la femme sont inexistants ; or ils constituent le seul obstacle (1), sous un régime quelconque, à l'exercice de la capacité que la femme tient de sa loi personnelle. C'est donc la loi personnelle, qui en cas de doute, devrait prévaloir.

Cette solution me paraît avoir été consacrée par un arrêt de la Cour de Paris, rendu dans une affaire Vidis contre de Keppen (2). Un futur époux russe et une future épouse française avaient passé, en France, avant de se marier, un contrat de mariage adoptant le régime de la séparation de biens, régime conventionnel français, régime légal de l'ancienne loi russe. Ce contrat était d'ailleurs conçu en termes assez ambigus : il portait bien adoption « du régime des articles 1536 et suivants du Code Civil », mais une clause spéciale stipulait que la femme aurait « l'administration, la jouissance et la libre disposition de tous ses biens ». Ce n'était plus le régime français, mais

(1) Si on laisse de côté l'inaliénabilité dotale, ou les clauses d'emploi ou de remploi, ou le régime du trust.

(2) Trib. civ. Seine, 14 Février 1911 ; Paris, 3 Décembre 1913, Cl. 1914, 944, note de M. Perrot.

ce n'était pas non plus celui de la loi russe, puisque les époux se référaient aux articles 1536 et suivants.

Le Tribunal s'était prononcé pour l'application de la loi française comme loi interprétative du contrat, et avait en conséquence décidé que la femme n'avait pu souscrire valablement des billets, cette opération excédant les limites de l'article 1536. Mais la Cour estima au contraire que les époux, en insérant la clause de libre disposition, s'étaient soumis à la loi russe ; elle éprouva d'ailleurs le besoin d'ajouter que les engagements de la femme constituaient des actes permis même par la loi française. C'était augmenter inutilement une confusion et une incertitude déjà regrettables.

En effet, il devenait très difficile de savoir à quelle loi les époux avaient entendu soumettre le régime de leurs biens. M. Perroud, au *Clunet*, reproche ainsi à la Cour d'avoir demandé à la loi russe une solution pour apprécier si les prescriptions de la loi française avaient été méconnuës. Mais, l'observation suppose que le régime était précisément soumis à la loi française. Or il n'en était certainement pas ainsi, puisque la femme pouvait disposer librement de tous ses biens.

La loi applicable était alors nécessairement la loi russe ; mais on peut se demander à quel titre elle l'emportait : était-ce « comme loi interprétative du régime choisi (1) » ou au contraire comme loi personnelle ?

Il semble préférable de penser que les époux n'avaient introduit cette clause ambiguë que pour se conformer aux dispositions de la loi russe, considérée comme loi personnelle, et déterminant impérativement, à ce titre, la capacité de la femme, c'est-à-dire comme limitant la liberté des conventions matrimoniales.

En somme, la séparation de biens peut donner à la femme une demi-capacité, plus exactement, elle peut lui en laisser l'exercice, mais elle ne peut restreindre la capacité complète que la femme tient de sa loi personnelle :

(1) C'est l'opinion de M. *Bartin*, *Principes*, § 368, t. II, p. 273.

autant le principe de l'incapacité s'accommode d'un régime attribuant au mari les droits les plus larges, autant le principe contraire de la capacité s'accorde avec le régime de la séparation de biens, qui, dans son essence même, exclut toute intervention du mari, dès que la loi personnelle la juge inutile.

§ 2. *La séparation volontaire*

La séparation de biens volontaire soulève, tout d'abord, au point de vue de la capacité de la femme, la question de savoir dans quelles conditions une telle séparation peut être tenue pour valable.

Il est évident que sous cette forme, la séparation de biens se présente comme une exception à la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, et elle ne peut dépendre que de la même loi (1). Sans entrer dans l'examen des difficultés que soulève la question sur le plan du conflit des lois, et quelle que soit, d'ailleurs, la loi à laquelle on soumette l'immutabilité des conventions matrimoniales (2), il paraît très difficile d'admettre qu'une femme française, même soumise à un régime étranger, puisse jouir d'une telle prérogative : aux termes de l'article 1443. 2° « toute séparation volontaire est nulle ».

La règle s'appliquerait même à des époux étrangers qui auraient adopté un régime français, de sorte que la séparation volontaire ne pourrait intervenir qu'entre les époux étrangers soumis à un régime étranger.

Mais, à supposer qu'une telle séparation soit possible, quels effets pourrait-elle produire en France, au point de vue de la capacité de la femme ? C'est la loi nationale qui

(1) *Bartin*, sous *Aubry et Rau*, § 516, t. VII, p. 213, adde *Beauchet*, note sous *Reichgericht*, 7 Octobre 1884, S. 1886, 4, 9.

(2) Pour l'application de la loi nationale, *Bartin*, *Principes* § 271, t. II, p. 143, et *Niboyet*, note sous un arrêt de la Cour de Colmar, qui se prononce, au contraire, pour l'application de la loi du régime, 28 Mars 1928, S. 1929, 2, 17.

déterminerait cette capacité, mais c'est la loi du régime qui indiquerait la mesure dans laquelle les pouvoirs du mari disparaissent, et, par conséquent, quelles extensions recevra, quant aux biens sur lesquels elle pourra désormais s'exercer, la capacité que sa loi personnelle reconnaît à la femme.

On pourrait admettre, semble-t-il, la validité en France de l'acte de séparation, mais seulement pour la capacité de la femme. En effet, la situation nouvelle dans laquelle les époux se sont placés resterait inopposable aux créanciers du mari, dont le gage serait diminué dans des conditions que la loi française ne prévoit pas. C'est ce qu'a décidé un arrêt ancien de la Cour de Turin (française) (1).

Faudrait-il aller plus loin encore, et attribuer à l'article 1443. 2° le caractère d'une disposition d'ordre public international en France ? La solution a été consacrée, pour l'Allemagne, par un arrêt du Tribunal de l'Empire allemand (2), qui a prononcé la nullité de l'acte de séparation intervenu entre deux époux wurtembergeois domiciliés sur le territoire du Grand-Duché de Bade (alors soumis à la législation française), encore que la loi wurtembergeoise en décidât autrement. Le Tribunal s'était fondé d'ailleurs sur l'article 6 du Code Civil, ainsi baptisé *texte de conflits*, ce qui semble assez difficile à admettre. Quant aux motifs de cette solution, c'est que la règle de l'article 1443. 2° a été établie dans l'intérêt du crédit.

Il est certain cependant que la règle existe aussi bien dans l'intérêt des époux de sorte que si l'on considère l'article 1443. 2° comme une disposition d'ordre public (3), la capacité de la femme ne subirait pas plus de modifications que le droit de poursuite des créanciers du mari.

(1) Turin, 10 Mars 1806, S. An XIII-1808, 2, 129.

(2) Reichgericht, 7 Octobre 1884, Cl. 1886, 730, S. 1886, 4, 9, note Beauchet précitée.

(3) En ce sens, Valéry, Manuel, N° 797, p. 1033, contra, Despagne, Précis, 2^e édit., nos 519 et 533, p. 522-523 et 528.

Mais, il paraît difficile d'aller jusque-là: la règle de l'article 1443, alinéa 2° ne s'applique qu'à des époux français ou soumis à un régime français: la capacité de la femme sera donc modifiée par la séparation volontaire, et la femme pourrait se prévaloir en France de cette modification.

Il en serait peut-être ainsi dans les rapports des époux entre eux, même en l'absence de toute formalité de publicité, mais au contraire, l'acte ne deviendrait opposable aux créanciers du mari et plus généralement aux tiers, qu'après avoir été publié conformément aux articles 1445 du Code Civil et 872 du Code de Procédure, et même, exécuté dans la quinzaine, tout comme un jugement de séparation (1).

Cette solution se justifierait, non pas en vertu de l'ordre public, mais par cette raison très simple que les règles de publicité sont soumises impérativement à la loi locale, plus précisément, à la loi du lieu où l'exécution est poursuivie, en vertu de l'article 3, alinéa 1^{er} (2).

§ 3. *La séparation de biens judiciaire*

La séparation de biens judiciaire, à la différence de la séparation volontaire, ne semble pas apporter une exception véritable à la règle de l'immutabilité: elle est une règle de fond du régime matrimonial, une conséquence, sans doute lointaine, mais néanmoins directe de son fonctionnement. De plus, en droit français, elle est essentiellement provisoire (3), et, comme telle, étroitement liée à l'organisation du régime des biens entre époux, dont on ne peut, sur le plan du conflit des lois, la séparer. Elle ne peut donc dépendre que de la loi qui gouverne le régime

(1) Article 1444 du Code Civil; v. § suivant.

(2) En ce sens, Niboyet, Manuel, 2^e éd., n° 710.

(3) V. sur le rétablissement du régime antérieur, ci-dessus, Chapitre Premier, p. 154-155.

matrimonial (1). Cette loi décidera donc, aussi bien des causes de la séparation que de ses effets et de sa rétroactivité (2), en particulier au point de vue de la capacité de la femme. La règle de l'article 1445.2°, qui fait remonter les effets du jugement au jour de la demande, ne s'appliquerait par conséquent qu'à des époux mariés sous un régime français, quelle que soit leur nationalité.

Mais la capacité de la femme française, quel que soit le régime sous lequel elle est mariée, ne pourra être plus large que celle de l'article 1449. Inversement, si d'après sa loi personnelle, la femme étrangère possède une capacité pleine et entière, dont l'exercice seul était restreint par le fonctionnement du régime, elle reprendra la libre disposition de tous ses biens.

Qu'il s'agisse d'une séparation prononcée en France ou à l'étranger, les mêmes règles devraient s'appliquer, au regard des Tribunaux français, saisis directement (3) du litige, ou indirectement à propos d'une instance en exequatur d'une décision étrangère. Ainsi le Tribunal de la Seine (4) a estimé qu'un jugement étranger autorisant une femme française, soumise à un régime français, à exercer un commerce ne peut équivaloir en France à une séparation de biens.

Mais la question est de savoir, dans le cas d'une séparation prononcée à l'étranger, si l'exequatur de cette décision est nécessaire pour que les époux puissent s'en prévaloir en France.

(1) *Bartin, Principes*, § 311, t. II, p. 286 s.; *Chambéry*, 28 février 1862, *S.* 1863, 2, 7; *Cass. req.* 14 juillet 1863, *S.* 1863, 1, 333, *Barral*; *Trib. civ. Saint-Jean-de-Maurienne*, 24 juillet 1891, *Cl.* 1892, 1021, *Fiddat*.

(2) *Bartin, Principes*, § 312, t. II, p. 297.

(3) A condition naturellement qu'ils se déclarent compétents: s'agissant d'une question d'intérêts pécuniaires, c'est ce qu'ils font généralement: voir not. *Trib. civ. Seine*, 7 Mars 1912, *Cl.* 1913, 591, *Barber*.

(4) *Trib. civ. Seine*, 7 Décembre 1882, *Cl.* 1882, 89, *époux Richet*.

S'agissant de la capacité de la femme, on pourrait soutenir que cette formalité, comme pour tous les jugements rendus en matière d'état et de capacité des personnes, est inutile. Mais, en admettant qu'il en soit ainsi pour cette catégorie de jugements (1), il est impossible d'assimiler le jugement de séparation de biens à un jugement de divorce ou de séparation de corps, parce que la séparation modifie en réalité les rapports pécuniaires des époux, mais non la capacité de la femme: sans doute celle-ci verra sa capacité élargie, mais seulement en conséquence de la restriction des pouvoirs du mari: c'est ainsi que nous avons interprété la qualification française.

Cependant, la jurisprudence, suivie par une grande partie de la doctrine (2), s'est prononcée autrefois en sens contraire. Ainsi, la Cour de Paris (3) a décidé que le jugement italien prononçant la séparation de biens entre des époux italiens mariés en France sous le régime dotal avec société d'acquêts, pouvait être invoqué en France sans exequatur, tant qu'il ne s'agit que de son application ou de son exécution volontaire. L'arrêt fut d'ailleurs cassé, mais si la Cour de Cassation (4) ne s'est pas expressément prononcée sur la question, elle l'a implicitement résolue, en appliquant au jugement étranger les articles 1445 du Code Civil et 872 du Code de Procédure. En effet, pour respecter les formalités prescrites par ces textes, il faut bien obtenir l'exequatur, sinon qu'afficherait donc l'officier public chargé de l'accomplissement de ces formalités ? La décision étrangère n'aurait aucune valeur à ce point de

(1) Ce qui est fort douteux ; V. *Bartin*, *Principes*, § 190 s., p. 486-500.

(2) V. *Surville*, *Rev. Crit.* 1894, p. 263, 1896, p. 221, *Audinet*, *Princ.*, n° 472 ; *Valéry*, *Manuel*, n° 798 ; *Despagnet* et de *Boeck*, *Précis*, n° 196 ; *Surville* et *Arthuys*, *Cours*, p. 458 ; *Pillet*, *Traité*, t. II, n° 676-678 ; *adde*, *A. Rolin*, *Princ.*, t. III, n° 1106.

(3) *Paris*, 23 Février 1888, *D. P.* 1888, 2, 265, *De Bari*.

(4) *Cass. Civ.* 19 Décembre 1892, *D. P.* 1893, 1, 89, *S.* 1893, 1, 369, *note* de *M. Pillet*, *Cl.* 1893, 577.

vue (1). Sur renvoi, la Cour d'Orléans (2) ne se prononça pas non plus sur la question de capacité.

En tout cas, les formalités des articles 1445 du Code Civil, et 872 du Code de Procédure s'appliquent, quelle que soit la loi qui gouverne le régime matrimonial. Il en est de même pour la règle de l'article 1444 qui prescrit l'exécution dans la quinzaine qui suit le jugement étranger, à partir de la date à laquelle il est devenu définitif (3). Dans cette conception toutes ces règles seraient des dispositions d'ordre public territorial, établies dans le but d'avertir tous les tiers qui pourraient contracter avec les époux : la femme ne pourrait donc invoquer sa capacité nouvelle, alors même qu'il n'en résulterait aucun préjudice pour ses ayants-cause : aucune distinction n'est possible. Mais ces formalités pourraient être remplies avant tout exequatur, et en dehors de la question de savoir s'il en faut un.

Aujourd'hui, cependant, la jurisprudence se prononce pour la nécessité de l'exequatur : il en est ainsi lorsque la décision étrangère est invoquée pour des actes d'exécution en France (4), et dans ce cas, les formalités de la loi française, tant pour la publicité que pour l'exécution, devront être respectées. L'exequatur ne pourra d'ailleurs être accordé que si le jugement a été publié et exécuté à l'étranger conformément à la loi sous l'empire de laquelle il a été rendu (5).

(1) V. en ce sens la note de M. Pillet au Sirey. Cependant M. Martin estime que l'arrêt a appliqué ces règles parce que les époux étaient soumis à un régime français, Principes, § 312, t. II, p. 295-296.

(2) Orléans, 10 Mars 1894, D. P. 1894, 2, 448 ; S. 1894, 2, 145.

(3) Besançon, 13 Mars 1895 ; S. 1895, 2, 94 ; D. P. 1895, 2, 529, note de M. de Boeck, époux Monnier ; Trib. civ. Seine, 13 Juin 1895, Clunet 1896, 170, De Bari.

(4) Trib. civ. Seine, 2 Février 1905, Cl. 1906, 425, époux Barthel.

(5) Trib. civ. Seine, 29 Juillet 1910, D. P. 1912, 2, 67, époux Chaillon.

Mais l'exequatur serait nécessaire, même si la femme voulait se prévaloir du jugement étranger pour exercer en France sa capacité, par exemple, pour y acheter un fonds de commerce. C'est, du moins, ce qu'a décidé, dans une espèce, le Tribunal de la Seine (1), s'agissant d'une femme française, mariée sous le régime de la communauté d'acquêts, et qui avait obtenu la séparation de biens en Suisse. L'exequatur a d'ailleurs été refusé, parce que les formalités prescrites par la loi française n'avaient pas été respectées. Il en est ainsi, alors même que les formalités analogues de la loi suisse ont été remplies, alors même que l'exécution serait impossible en France, le mari n'y possédant aucun bien. On peut d'ailleurs s'étonner de cette solution, étant donné que la femme se présentait seule, les créanciers ayant fait défaut (2).

On aboutit donc, dans cette doctrine, à la nécessité d'un exequatur, quels que soient les effets invoqués en France, et d'autre part, à l'application des articles 1444, 1445 du Code Civil et 872 du Code de Procédure à toutes les décisions, quelque soit le pays dans lequel elles ont été rendues, quelle que soit la nationalité des époux et sous quelque régime qu'ils soient placés (3).

Mais il devient très difficile, dans ces conditions, de respecter toutes ces exigences : l'exequatur devrait être demandé, obtenu et publié dans la quinzaine qui suit la date à laquelle le jugement étranger est devenu définitif, et son exécution commencée également. C'est en réalité priver de tout effet en France les jugements étrangers de séparation.

On peut donc se contenter d'une demande dans la quinzaine, et considérer que l'exequatur, une fois obtenu, suffit à valider rétroactivement toute la procédure. Nous admettons ainsi que c'est l'exequatur lui-même qui devra

(1) Trib. civ. Seine, Ch. du Conseil, 14 Janvier 1925, Rev. de D. I. P., 1925, 555, Cl. 1926, 83, note de M. Perroud, époux Desrayaud.

(2) Voir la note de M. Perroud au Clunet.

(3) V. Bartin, Principes, § 312, t. II, p. 291.

être publié et exécuté en France, après y avoir été demandé avant l'accomplissement de toute autre formalité.

C'est à partir de son prononcé que la femme pourrait se prévaloir de sa capacité nouvelle, et c'est lui qui fixera la date à laquelle remontent les effets du jugement étranger, si la loi qui gouverne le régime les fait remonter jusqu'au jour de la demande. Il ne s'agit pas en effet d'une disposition de procédure, mais d'une règle de fond du régime matrimonial (1).

SECTION III

LE RÉGIME DOTAL

Le caractère saillant du régime dotal tel qu'il est établi par le Code Civil (2), c'est l'inaliénabilité dotale (3), qui entraîne pour les époux et en particulier pour la femme, restée propriétaire d'immeubles dotaux, une certaine restriction à leur capacité, qui disparaît d'ailleurs dans certains cas.

On peut rapprocher du régime dotal les clauses d'aliénation à charge de remploi, si fréquemment insérées aujourd'hui dans les contrats de mariage (4), et dont l'effet est le même, à moindre degré.

Enfin, la dot, quoique restée propriété de la femme, est administrée par le mari (5); par contre, les biens paraphernaux restent aux mains de la femme, qui les administre librement dans les limites de l'article 1576, analogue aux articles 1449 et 1536, qui visent la femme séparée de biens.

Sur le plan du conflit des lois, ces divers éléments supposent l'intervention de lois différentes, et il nous faut

(1) V. *Bartin*, *Principes*, § 312, t. II, p. 297.

(2) Articles 1540 et suivants du Code Civil.

(3) Articles 1554 et suivants.

(4) Voir *Niboyet*, *le Régime dotal*, cours de Doctorat, 1929-1930.

(5) Article 1549.

dra, pour chacun d'eux, déterminer l'influence respective de ces lois. On étudiera ainsi l'inaliénabilité dotale et ses dérivés (§ 1) et les pouvoirs des époux (§ 2).

§ 1. *L'inaliénabilité dotale et ses dérivés :*

les clauses d'emploi et de remploi.

I. *Concession de l'inaliénabilité.*

L'inaliénabilité dotale pose une question préliminaire : quelle loi décide si les époux peuvent adopter le régime dotal ?

Le problème ainsi posé ne saurait comporter qu'une seule solution : c'est la règle de la liberté des conventions matrimoniales qui reparaît, et avec elle, la loi nationale : c'est ce qu'a décidé le Tribunal de la Seine (1), s'agissant de deux époux espagnols qui avaient adopté, contrairement à la loi espagnole, le régime dotal français, encore que la dot fût aliénable à charge de remploi. En conséquence, la femme ne peut se prévaloir en France des termes de son contrat de mariage. C'est donc la loi personnelle, par opposition à la loi du régime ou à la *lex rei sitae*, qui décide de la concession de l'inaliénabilité.

Mais, un peu plus tard, le Tribunal de la Seine (2) estima que des époux russes, à supposer que leur loi personnelle leur interdise, peuvent adopter le régime dotal français, parce que cette prohibition « ne créerait qu'un statut réel sans application possible aux biens situés en France ». Cette solution, qui étend à l'excès le domaine de la *lex rei sitae*, est inadmissible : il faut appliquer, dans une certaine mesure, la *lex rei sitae* aux effets de l'inaliénabilité dotale, mais jamais à sa concession même.

(1) Trib. civ. Seine, 20 Août 1884, France Judiciaire 1884, 2, 90. Cl. 1885, 76, époux de Palacios.

(2) Trib. civ. Seine, 16 Juillet 1910, Cl. 1911, 222, Gortchacow contre de Guébriant.

Il peut même arriver que la loi nationale des époux leur impose le régime dotal à titre de régime légal. Ainsi la loi pontificale romaine — article 55 du « Motu Proprio » de Grégoire XVI, en date du 10 Novembre 1855 — imposait aux sujets romains un régime dotal particulier, sous lequel la moitié de la dot seulement peut être aliénée avec l'autorisation de justice, l'autre moitié devant rester inaliénable d'une façon absolue. Dans ce cas, les époux sont nécessairement soumis au régime ainsi déterminé par leur loi nationale plus exactement, par la loi nationale du futur époux, dont la femme prend la nationalité (1).

C'est donc à la loi nationale du mari qu'il faut se référer pour savoir si les époux peuvent adopter le régime dotal ou bien y sont soumis impérativement. Mais, cette solution suppose que l'on ne rattache pas l'inaliénabilité dotale à une incapacité personnelle de la femme (2). Il est en effet bien préférable de voir dans l'inaliénabilité dotale une affectation de certains biens aux intérêts de la famille (3).

La même loi qui décide de la concession de l'inaliénabilité décide du point de savoir si les époux, au cours du mariage, peuvent y mettre fin pour l'avenir. Ainsi, des époux russes, mariés sous un régime de séparation avec obligation d'emploi, doivent se conformer à cette obligation, mais ils peuvent, conformément à la loi russe, s'en affranchir pour un nouveau contrat (4).

(1) Trib. civ. Seine, 16 mars 1899, Cl. 1899, 744; Paris 10 Décembre 1901, Cl. 1902, 314, succession de la Reine Marie-Christine.

(2) C'est la conception développée par Paul Gide dans son *Etude sur la Condition privée de la femme*.

(3) Bartin, sous Aubry et Rau, § 504, note 7 quinquies, t. VII, p. 529; § 537, note 2 quinquies, t. VIII, p. 464, et Principes, § 270, t. II, p. 143.

(4) Trib. civ. Seine, 11 Juin 1896, Cl. 1896, 870; 29 Mai 1901, Cl. 1902, 361; 21 Mars 1907, Cl. 1907, 1124, de Vlassov.

II. Effets de l'inaliénabilité.

Les effets de l'inaliénabilité, ou des clauses d'emploi et de remploi, sont soumis, en principe, à la loi qui gouverne le régime matrimonial. C'est elle qui détermine quels biens sont frappés d'inaliénabilité, et qui règle leur condition (1). Il en est de même pour les cas exceptionnels dans lesquels l'aliénation de la dot est permise, et les conditions auxquelles les époux pourront l'obtenir.

Cette solution a été consacrée par la Cour de Chambéry (2), s'agissant d'une femme d'origine sarde, mariée sous le régime dotal de la loi sarde, mais devenue française par suite de la réunion de la Savoie à la France. La femme, invoquant l'article 1558 du Code Civil français, prétendait obtenir l'autorisation d'engager toute sa dot. Le Tribunal de première instance ne lui permit, conformément à l'article 1540 du Code Civil sarde, que jusqu'à concurrence de la moitié. Mais la Cour, appliquant l'article 1541 du même Code, qui permet l'aliénation de toute la dot, en cas de besoins urgents et graves, avec l'autorisation du Sénat, estima qu'elle pouvait l'autoriser pour le tout, parce qu'il y avait une correspondance suffisante entre elle-même et cette assemblée.

Un peu plus tard, le Tribunal de Tunis (3) s'est reconnu compétent pour autoriser une femme italienne domiciliée en Tunisie, à aliéner ses biens dotaux, conformément à l'article 1405 du Code Civil italien, qui autorise la vente des biens dotaux pendant le mariage, en cas d'utilité ou de nécessité évidentes.

Cette intervention des Tribunaux français suppose, comme nous l'avons vu (4), que l'autorité reconnue com-

(1) Trib. civ. Seine, 16 Mars 1899, Paris 10 Décembre 1901, précités. V. pour le remploi, Quest. Prat. 118, Cl. 1899, 515.

(2) Chambéry, 29 Octobre 1888, D. P. 1890. 2. 231, dame de Ch...

(3) Trib. civ. Tunis, Ch. du Cons. 18 Mars 1895, Cl. 1895, 1070, époux Verzani.

(4) V. ci-dessus, Chapitre Premier, p. 144.

pétente par la loi nationale correspond approximativement à une de nos autorités judiciaires.

Mais, les époux peuvent toujours, s'ils le préfèrent, s'adresser à leurs tribunaux nationaux : ainsi l'agent de change français auquel des époux italiens, mariés sous le régime dotal, se sont adressés pour vendre des valeurs dotales, ne peut prétendre que seule une décision française peut autoriser cette vente, alors qu'ils ont obtenu une autorisation régulière d'un tribunal italien (1).

C'est encore la loi du régime qui détermine si la femme peut céder son hypothèque légale (2), et dans quelles conditions l'inaliénabilité survit à la séparation de biens ou de corps (3).

En effet toutes ces dispositions sont des règles de fonctionnement du régime, qui sur le plan du conflit des lois, relèvent de la même loi que lui ; mais, le principe va recevoir certaines restrictions dues à l'intervention de la *lex rei sitae*. C'est l'exagération de ces réserves qui avait conduit certains auteurs à faire de l'inaliénabilité dotale un « statut réel » (4). Cependant, nous l'avons vu (5) Froland et Bouhler se prononçaient déjà pour la personnalité du statut, et c'est la solution qui finit par prévaloir (6).

La controverse a aujourd'hui perdu la plus grande partie de son intérêt : elle n'était qu'un reflet de la discussion qui mettait aux prises les civilistes, dont les uns soutenaient que l'inaliénabilité dotale était une indisponibilité

(1) Trib. civ. Seine, 5 Janvier 1905, Rev. de D. I. P. 1906, 209, époux Von Berger.

(2) V. ci-dessus, Chapitre Premier, p. 165.

(3) Ibidem, p. 155, p. 193.

(4) V. Foelix, Traité, t. I, p. 124 ; Troplong, du Contrat de mariage, t. IV, n° 3317.

(5) V. ci-dessus, Chapitre Préliminaire, p. 24.

(6) Demangeat, sous Foelix, t. I, p. 124, note b ; Laurent, op. cit., t. V, nos 224-226, Renault, Rev. Crit., 1885, p. 582-583 ; Labbé, Rev. Crit. 1886, p. 5.

réelle, tandis que les autres y voyaient une incapacité personnelle.

Il n'en reste pas moins que la *lex rei sitae* pourra fort bien intervenir, sinon pour déterminer, mais pour limiter les effets de l'inaliénabilité dotale. Il en est ainsi, d'après la jurisprudence et la doctrine, pour tout ce qui concerne l'organisation du régime des biens, en ce sens que les effets de l'inaliénabilité dotale et de ses dérivés ne peuvent jamais être plus étendus que ne le permet la *lex rei sitae*.

Ainsi, le Tribunal de la Seine, à deux reprises, et la Cour de Paris (1), ont soumis à la loi française la vente d'immeubles dotaux situés en France, par application de l'article 3 alinéa 2.

Par un autre jugement, le même Tribunal (2), s'agissant d'époux suisses mariés en France sous le régime dotal avec société d'acquêts et aliénabilité à charge de emploi, a décidé que ces époux ne pouvaient se prévaloir de l'inaliénabilité dans un pays où la législation locale la repousse comme portant atteinte à l'ordre public intérieur (la Suisse).

Toutes ces règles concernant l'inaliénabilité, l'insaisissabilité, l'imprescriptibilité de la dot seront bien soumises à la loi du régime, mais elles ne pourront dépasser les limites établies par la *lex rei sitae* (3). C'est notamment la *lex rei sitae* qui s'appliquera seule à la distinction des biens meubles et immeubles (4).

Il en serait de même, semble-t-il, pour la publicité imposée par la loi du 10 Juillet 1850, et concernant le contrat de mariage des époux (5), ou quant aux formalités

(1) Trib. civ. Seine, 25 Août 1880, Cl. 1881, 56; 9 Août 1887, Paris, 31 Décembre 1889, Cl. 1890, 121, Succession de la Reine Marie-Christine.

(2) Trib. civ. Seine, 12 Janvier 1899, Cl. 1899, 345, Luc contre Monnier.

(3) Bartin, op. cit. § 307, t. II, p. 270, et notamment pour la date à laquelle l'inaliénabilité remonte, § 272, t. II, p. 151.

(4) Bartin, Etudes, p. 31.

(5) Articles 75 et 1391, 4^o du Code Civil.

exigées dans l'intérêt des tiers pour le emploi (1). Faute de cette publicité, la femme ne pourrait se prévaloir en France de l'inaliénabilité dotale (2), ou des clauses d'emploi ou de emploi, qui engagent généralement la responsabilité des tiers. L'intérêt du crédit vient restreindre ici le fonctionnement normal des règles du régime matrimonial, et parfois même les écarter complètement. Mais, il suffit, pour justifier cette solution, de faire appel à l'article 3, alinéa 2. L'intervention de l'ordre public international nous paraît ici inutile (3).

§ 2. *Les pouvoirs des époux.*

Les pouvoirs de la femme, sous le régime dotal, sont restreints, non seulement par l'inaliénabilité, mais par les droits d'administration et de jouissance du mari, tant qu'une séparation de biens n'intervient pas.

Quelle que soit la capacité reconnue à la femme par sa loi nationale, c'est la loi du régime qui détermine seuls quels sont les droits du mari, notamment sur la dot mobilière ; ainsi quoique la loi russe accorde à la femme une complète capacité, une femme russe mariée sous le régime dotal de la loi française, avec constitution en dot de tous les biens de la femme, ne pourra pas donner à bail un de ses immeubles dotaux, alors que, d'après le contrat de mariage, d'ailleurs régulièrement publié en France, ce droit est réservé au mari (4). Cette solution suppose naturellement que la loi personnelle autorise de telles conventions,

(1) Article 1553 du Code Civil.

(2) Weiss, Traité, t. III, p. 623, Bartin, Principes, § 352, t. II, p. 471, 2.

(3) V. cependant Despagne, Précis, n° 333 ; Audinet, Principes élém., n° 733 ; de Vareilles Sommières, la Synthèse, t. II, n° 1020 ; Surville, Rev. Crit. 1888, p. 260 ; Wahl, note sous Tribunal de l'Empire allemand, 25 Octobre 1895, S. 1899. 4. 33.

(4) Trib. civ. Seine, 16 Juillet 1910, précité.

ce qui, en l'espèce, était fort douteux (1). La loi du régime déterminerait pareillement l'étendue des obligations qui incombent au mari, et la mesure dans laquelle les époux peuvent convenir que la femme touchera elle-même une partie de ses revenus. Toutes ces règles ne soulèvent, semble-t-il, aucune difficulté.

Quant aux biens paraphernaux, ils sont, en droit français, administrés librement par la femme, aux termes de l'article 1576. Elle est alors, quant à ces biens, dans la même situation qu'une femme séparée de biens, et le mari ne possède aucun droit sur eux, à moins d'une procuration.

Au cas où les époux seraient soumis à un régime étranger, c'est la loi applicable à ce régime qui déterminerait le sort des biens paraphernaux. Ainsi, d'après la loi écossaise, ces biens sont soustraits à l'action des créanciers du mari, et celui-ci ne peut en disposer sans le consentement de sa femme.

Le Tribunal de Boulogne-sur-Mer (2) a considéré cette disposition comme une « convention tacite » qui, n'ayant rien de contraire à l'ordre public, doit être respectée en France. Il en est ainsi, alors même que le contrat générateur de l'obligation des époux avait été passé et exécuté en Angleterre, où la loi étend l'action du créancier à ces biens. De ce grand luxe d'arguments, retenons seulement que le Tribunal a fait prévaloir la loi du régime, en invoquant la théorie du contrat tacite.

Une décision plus récente du Tribunal de la Seine (3) a statué dans le même sens, à propos d'une saisie-arrêt opérée par les créanciers du mari sur les biens paraphernaux de la femme écossaise : « celle-ci, dit le Tribunal, est fondée à se prévaloir en France de la loi qui régit ses con-

(1) V. § précédent, p. 206.

(2) Trib. civ. Seine Boulogne-sur-Mer, 11 Février 1854, D. P. 1854, 3, 37, Cl. 1894, 128.

(3) Trib. civ. Seine, 1^{er} Mars 1893, Cl. 1894, 127, Dove contre White.

ventions matrimoniales, dont les dispositions n'offrent rien de contraire à l'ordre public ».

SECTION IV

LE RÉGIME DU TRUST

Le régime du trust, si en honneur dans les pays anglo-saxons (1), a donné lieu à un certain nombre de décisions, qui font particulièrement bien ressortir l'influence qu'exerce le régime matrimonial sur la condition de la femme.

Le plus souvent, il s'agissait de femmes mariées anglaises, mais, dans quelques espèces, c'étaient des femmes d'origine anglaise devenues françaises ou étrangères, qui invoquaient les dispositions de leur contrat, les biens constitués en trust, se trouvant dans tous les cas, situés en France.

La loi française, exclue en tant que loi du régime matrimonial, peut donc intervenir pour limiter les effets du trust, au double titre de loi nationale, et de *lex rei sitae*. Nous examinerons comment la jurisprudence a résolu ces deux questions, puis nous étudierons spécialement l'influence du trust sur la capacité de la femme.

Ces développements comprendront ainsi trois paragraphes : § 1 : la loi française intervient comme loi nationale ; § 2 : la loi française intervient comme *lex rei sitae* ; § 3 : influence du trust sur la capacité de la femme.

§ 1. *La loi française intervient comme loi nationale.*

Lorsque des époux français se trouvent placés sous le régime du trust, ce qui se produit en fait, lorsque la femme, d'origine anglaise, a acquis la nationalité française de son mari, peut-on admettre que la loi française, applicable à la liberté des conventions matrimoniales, reconnaisse

(1) V. ci-dessus, Introduction, p. 12.

la validité d'un tel contrat, quel que soit le pays où sont situés les biens constitués en trust ?

La jurisprudence se prononce en général pour l'affirmative (1).

Le premier arrêt, qui, je crois, ait eu à résoudre la question, a été rendu par la Cour de Paris (2). Une femme d'origine anglaise avait épousé un français, et en conséquence, était devenue française. Elle avait, par contrat de mariage, adopté le régime du trust, c'est-à-dire, suivant la Cour, « s'était interdite de disposer de ses biens personnels sans le concours et le consentement de ses frères, ayant à son égard la qualité de fidéi-commissaires, ou trustees, et constitués, à ce titre; conformément aux lois anglaises, détenteurs des biens dotaux de la femme ». La Cour admit sans difficulté la validité de cette clause, mais ne se prononça expressément que sur la question de capacité (3).

Une combinaison un peu différente se présenta plus tard devant le Tribunal de la Seine (4). Le Comte de Palikao avait épousé une anglaise, et dans leur contrat de mariage, les futurs époux avaient adopté le régime français de séparation de biens avec société d'acquêts, auquel s'ajoutait une constitution en trust de tous les autres biens de la femme. La question ne se posa qu'au point de vue des droits de mutation, le Comte de Palikao ayant prétendu, à la mort de sa femme, que les biens constitués en trust ne faisaient pas partie de la succession, et réclamant le remboursement des droits correspondants qui avaient été perçus. Le Tribunal rejeta cette demande, estimant que le droit des trustees n'avait pas pu priver la femme de son droit de propriété. Pas plus que dans l'hypothèse précédente, la question

(1) Nous considérons ici le trust uniquement comme une convention matrimoniale.

(2) Paris, 4 Août 1853, S. 1854, 2, 780, D. P. 1855, 2, 315, Allctz contre Godard-Dubuc.

(3) V. ci-dessous, § 3.

(4) Trib. civ. Seine, 10 Décembre 1880, Cl. 1881, 435, Comte de Palikao contre Enregistrement.

n'avait été résolue expressément, mais le Tribunal, implicitement, se prononce pour la validité du contrat.

C'est à l'occasion d'une affaire très importante que la question fut nettement tranchée, par trois décisions du Tribunal de la Seine (1). Le fondateur de la Compagnie Singer citoyen américain, était décédé en Angleterre, laissant à sa femme comme legs principal la quinzième partie de sa fortune, soit 2787 actions de la dite société, « pour son seul usage séparé, bénéfice et avantage, pour toujours libres des dettes, ingérence ou contrôle de tout mari qu'elle pourra épouser après mon décès ».

Effectivement, sa veuve, d'origine française, d'ailleurs épousa un peu plus tard un anglais, et, conformément au testament, plaça tous ses biens sous le régime du trust : « de cette date, dit le Tribunal, elle s'était donc dessaisie irrévocablement et pour sa vie entière, de la nue-propriété de sa fortune ». Puis, elle se remaria une seconde fois, avec le français Sohège, et confirma, d'accord avec son mari, le précédent contrat, encore que, lors de leur mariage, ils eussent adopté le régime dotal avec société d'acquêts. Dans les deux actes, les contractants s'étaient référés à la loi anglaise, comme loi interprétative de leurs engagements.

A la mort de sa femme, Sohège, qu'elle avait institué légataire de la quotité disponible, prétendit que les biens constitués en trust devaient être compris dans la succession. Le Tribunal repoussa cette demande, en déclarant valable, par une première décision, le premier acte de trust, confirmé au cours du mariage, par les époux Sohège. En conséquence, dans une seconde décision, il ordonnait que la nue-propriété des biens constitués en trust fût seule remise à la masse successorale, pour le calcul de la quotité disponible. Enfin un troisième jugement refusait de valider une saisie-arrêt formée par Sohège, entre les mains de la Société Singer.

(1) Trib. civ. Seine, 16 Mai 1906, Rev. de D. I. P., 1907, 239, note de M. Nast; Cl. 1910, 1229, Sohège contre Singer (3 décisions du même jour).

C'était reconnaître que la femme avait pu, dans des conditions d'ailleurs assez douteuses, adopter, plus exactement confirmer au cours du mariage, le régime anglais du trust.

Sans rechercher ici la nature exacte du trust, disons que c'est un acte sans équivalent dans notre droit, qui se rapproche, par certains côtés, de la fiducie (1). On en est réduit par conséquent à donner des solutions d'espèces : ici, les trustees pouvaient aliéner les biens à charge de remploi, ce qui rapprochait le régime d'une convention parfaitement licite en droit français. Le trust n'avait donc rien de contraire à l'ordre public en France et la liberté des conventions matrimoniales permettait d'aller jusque là.

Mais la liberté des conventions matrimoniales est plus restreinte que celle des conventions ordinaires, de sorte que même si les biens sont situés hors de France, on peut concevoir des doutes sérieux sur la solution adoptée par la jurisprudence. Celle-ci s'efforce, dans chaque espèce, de ramener le régime du trust au droit français, en le comparant, au point de vue du régime matrimonial, à une sorte de régime dotal : il est certain que les deux institutions ont des analogies ; mais si ce raisonnement peut se défendre, lorsque le régime du trust se présente à l'état pur, il est beaucoup plus difficile de l'admettre, lorsque, comme dans les deux espèces résolues par le Tribunal de la Seine, il se combine dans des conditions plus ou moins régulières avec l'adoption d'un régime français.

L'intervention de la loi française à titre de loi nationale pourrait donc parfaitement entraîner la nullité du trust. Il en sera de même, comme nous allons le voir, lorsque les biens constitués en trusts seront situés en France.

(1) V. les observations de M. Nast, à la Rev. de D.I.P. 1937, I, 257.
Le Code Civil de la Province de Québec, articles 869, 981 A et suivants, a adopté le trust sous le nom de fiducie.

§ 2. *La loi française intervient comme lex rei sitae.*

Il semble que suivant les méthodes employées pour analyser le régime du trust, on doive aboutir à deux conclusions opposées.

Si on adopte la méthode extensive et libérale de la jurisprudence, qui considère surtout les effets qu'entraîne une constitution en trust de biens situés en France, l'acte, en principe, ne sera pas nul.

Mais, si, au contraire, on considère le principe même et la nature du trust, il est beaucoup plus difficile d'en reconnaître la validité.

Les décisions intervenues ne se sont pas toujours posé la question : l'arrêt déjà ancien de la Cour de Paris (1), par exemple, ne semble pas l'avoir aperçue. Mais un arrêt de la Cour de Douai (2), statuant sur le régime adopté par deux époux anglais qu'il compare à un régime de séparation et d'inaliénabilité, reconnaît qu'il a pour effet en France de soustraire les biens de la femme aux droits du mari, fixés par le « common law ». C'est en admettre implicitement la validité. De même, le Tribunal de la Seine (4), semble admettre que le trust produit tous ses effets en France. Un peu plus tard, il se prononce nettement dans le même sens (4), comparant encore le trust à la séparation de biens combinés avec le régime dotal : en conséquence, les trustees sont fondés à revendiquer des meubles situés en France, et placés sous le régime du trust.

Mais, dans une autre décision (5), il a admis au contraire que l'acte de trust intervenu entre les époux anglais au cours du mariage, sous forme d'une convention de séparation amiable (*deed of separate maintenance*), n'avait pu

(1) 4 Août 1853, précité.

(2) Douai, 28 Avril 1874, D. P. 1875, 2, 49, Peacan contre Lebœuf.

(3) 10 Décembre 1880, précité.

(4) Trib. civ. Seine, 8 Août 1888, Cl. 1889, 635, Royle contre Linton.

(5) Trib. civ. Seine, 26 Décembre 1894, Cl. 1895, 587, Terry.

avoir pour effet de soustraire les sommes provenant de la pension versée au trustee par le mari à l'action des créanciers personnels de la femme. Le trustee n'est qu'un mandataire, dit le Tribunal. C'est une nouvelle interprétation, assez inexacte, du contrat du trust. Dans l'affaire Gesling contre Vidiitz, que nous retrouverons plus loin (1), la Cour de Cassation a également admis, au moins implicitement, la validité d'un contrat de trust, s'agissant de meubles situés en France.

Plus récemment, s'agissant d'un immeuble français, le Tribunal de la Seine a rendu deux jugements qui statuent en sens opposé (2).

Une anglaise, Madame Betts-Brown, soumise par contrat de mariage au régime du trust, avait fait pour plus de cent mille francs d'achats au couturier Beer ; mais elle n'avait jamais fait allusion à son régime matrimonial. Les biens constitués en trust, se montant à quatre millions, avaient été confiés à son beau-père. Mais celui-ci fut relevé de ses fonctions et dut se reconnaître débiteur de cette somme, à la garantie de laquelle il affecta hypothécairement un immeuble situé à Paris. La somme était stipulée payable aux nouveaux trustees, mais ceux-ci n'avaient pas été parties à l'acte.

Par la suite, l'immeuble fut vendu et un ordre s'ouvrit : il restait huit cent cinquante mille francs disponibles à valoir en conséquence sur le montant des biens constitués en trust. Le couturier Beer fit alors opérer saisie-arrêt entre les mains de l'acquéreur, et assigna les époux en validité ; mais c'était les trustees qui avaient été colloqués à l'ordre et non les époux. Le couturier demandait que le séquestre nommé lui versât le montant des sommes affectées spécialement à sa créance, et les trustees réclamaient leur collo-

(1) V. § suivant. Cass. Civ. 29 Juillet 1901, Cl. 1901, 971.

(2) Trib. civ. Seine, 5^e Ch., 22 Décembre 1926, Rev. de D. I. P., 1927, 70, Cl. 1928, 122, Beer contre Betts-Brown ; 2^e Ch., Ch., 23 Février 1927, Rev. de D. I. P. 1927, 263, Doeuillet contre Betts-Brown.

cation, réserve faite d'une somme affectée au paiement des créances contestées de la maison Beer.

C'est dans ces conditions que la Deuxième Chambre du Tribunal eut à se prononcer sur la validité du trust : elle décida en ce sens, motif pris que l'acte n'avait rien de contraire à l'ordre public.

Pour justifier cette solution, le Tribunal, reprenant la méthode de la jurisprudence antérieure, analyse le but et les effets du trust, par comparaison avec le droit français : en particulier, la clause d'insaisissabilité, seule invoquée dans le procès, qui se retrouve dans la législation française, notamment sous la forme du régime dotal (1). En conséquence, les biens tenus en trust ne peuvent être saisis-arrêtés ; seuls, les revenus, payables entre les mains de la femme, sont susceptibles de l'être. Le trust est valable, alors même que celle-ci n'en a pas révélé l'existence, lors de l'inscription de son hypothèque, et qu'elle a toujours déclaré qu'elle était sur le point d'entrer en possession de sa fortune, indûment retenue par son beau-père. Le Tribunal estima sur ce point que la maison Beer, Société anglaise, ne devait pas ignorer la situation, et devait se montrer d'autant plus prudente que la femme n'était pas en possession de sa fortune.

Mais, quelques semaines plus tard, sur une poursuite analogue de la maison Dœuillet, la Cinquième Chambre du Tribunal rendait un jugement en sens contraire. Elle considère que la fortune entière de la femme étant insaisissable et incessible (2), y compris les revenus, le trust ne peut produire aucun effet en France. « La libre circulation de biens constitue en droit français la règle, et l'inaliénabilité l'exception. Les conventions matrimoniales, qui font partie du statut personnel des étrangers, ne peuvent produire effet

(1) V. les conclusions de M. Parigot, Substitut, à la Rev. de D. I. P., 1927, 73.

(2) C'était l'interprétation qu'avaient donnée les trustees de la clause que la femme pouvait toucher les revenus « sans faculté d'anticipation ».

en France, si elles sont contraires à l'ordre public. La jurisprudence et la doctrine sont en outre d'accord pour restreindre l'application du statut personnel des époux, résultant notamment du contrat de mariage, lorsqu'il n'a pas été tenu compte des formalités de publicité en vigueur au lieu où ils entendent s'en prévaloir et l'opposer aux tiers »... De plus, la femme, contrairement à ce qui s'était passé dans l'espèce précédente, n'avait jamais fait aucune allusion à sa situation. Dans de telles conditions, « le jugement sollicité par les défendeurs violerait le principe d'équité qui veut que nul ne puisse s'enrichir aux dépens d'autrui... (1).

Il paraît difficile de concilier ces deux décisions, puisqu'elles ont statué sur la même question en sens opposé. Mais, en réalité, ce n'est qu'un problème d'interprétation, impossible à résoudre, puisque l'acte de trust — on peut s'en étonner — n'avait pas été produit au cours des débats(2).

Mais, il semble bien que quels que soient les arguments qu'on puisse invoquer dans le sens de la validité du trust, la solution de la Cinquième Chambre, en nous plaçant uniquement au point de vue de la *lex rei sitae* soit la bonne : en effet, le trust, se présentant comme une convention matrimoniale, aurait dû et pouvait être publié en France ; en tout cas, la femme pouvait, en s'engageant, déclarer avoir fait un contrat de mariage (3). Et il est certain que dans ce cas, ses fournisseurs n'auraient pas consenti à lui ouvrir des crédits aussi considérables.

Nous maintiendrions cette solution, alors même que l'inaliénabilité résultant de l'acte ne serait ni absolue ni perpétuelle, et ne constituerait pas une substitution prohibée (4), car elle nous paraît résulter nécessairement de

(1) Nous reviendrons sur ce point dans le Chapitre III, p. 243 s.

(2) V. l'article de M. Lepaulle, Rev. de D. I. P. 1927, 309 s. : De la validité des trusts en France.

(3) Article 1391, alinéa 4 du Code Civil.

(4) M. Lepaulle, loc. cit., invoque ces arguments à l'appui de la solution contraire.

l'application très correcte de la *lex rei sitae* aux formalités de publicité requises pour la validité, plus exactement, pour l'opposabilité aux tiers, des conventions matrimoniales. Il importerait peu qu'aux yeux des pays anglo-saxons il en fût autrement.

Faut-il aller plus loin et décider que dans tous les cas, le trust ne peut produire aucun effet en France ? C'est l'opinion de certains auteurs (1), qui se fondant sur la nature même du trust, y voient une institution non seulement inconnue de notre droit, mais encore incompatible avec les règles de notre organisation foncière.

En effet, ce dédoublement de la propriété qu'entraîne le trust peut paraître contraire au principe de l'article 544, puisque ni les trustees, ni le bénéficiaire ne peuvent disposer librement des biens constitués en trust.

Il en résulte que chaque fois que la loi française interviendra, soit à titre de *lex rei sitae*, pour les immeubles ou pour les meubles, soit à titre de loi du domicile, pour les meubles, lorsqu'il s'agit de la succession d'un individu domicilié en France, le trust sera nul.

C'est donc seulement parce que la jurisprudence dénature l'essence et l'origine du trust, qu'elle peut en admettre la validité (2).

Cependant, si ces arguments contiennent une grande part de vérité, on peut admettre, au seul point de vue du régime matrimonial, que les effets du trust sont assez analogues à ceux que produit l'inaliénabilité totale, telle qu'elle existe en droit française, intervenant comme *lex rei sitae*, s'appliquerait au trust exactement dans les mêmes conditions qu'à l'inaliénabilité dotale, non pas pour le priver

(1) M. Travers, De la validité, au point de vue du droit français, des trusts créés par des étrangers sur des biens soumis à la loi française, ou par des français sur des biens situés hors de France, Rev. de D. I. P. 1909, 521 s.

(2) Thérèse Lion, Un anglais constitue un trust, conformément à sa loi, sur des biens situés en France. La loi française doit-elle en reconnaître la validité, Cl. 1923, 677 s.

de tous ses effets en France, mais pour les restreindre aux limites qu'elle apporte au principe de la libre circulation des biens.

Il en résulte notamment que si les revenus des biens grevés sont totalement insaisissables ou si l'inaliénabilité est perpétuelle, ou encore si le contrat n'a pas été publié, le trust ne pourra produire aucun effet en France. C'est la solution qu'a adoptée la Cinquième Chambre du Tribunal de la Seine.

Comment expliquer, dans cette conception, la réserve de l'ordre public, introduite par le jugement que nous approuvons ? Il semble bien qu'il s'agisse, non pas de l'ordre public international, mais de l'ordre public interne, fondé sur l'article 3, alinéa 2, c'est-à-dire l'ordre public territorial.

Cette distinction nous paraît d'ailleurs avoir été consacrée implicitement par la Cour de Cassation (1) dans un arrêt plus ancien. Le mari d'une femme anglaise soumise au régime du trust, étant tombé en faillite, après avoir vendu des biens en violation de l'acte de trust, les trustees ont été admis à en réclamer le prix à la faillite ; la Cour n'introduit pas la réserve de l'ordre public, parce qu'il s'agit d'immeubles situés au Mexique.

C'est donc qu'il s'agit d'ordre public territorial et non pas d'ordre public international, puisque l'intervention de ce dernier se produit, en dehors de toute considération tenant au régime des biens, chaque fois que la loi étrangère compétente établit des règles absolument inconciliables avec les nôtres (2).

§ 3. *Influence du trust sur la capacité de la femme.*

En supposant réunies les conditions préalables de validité du trust, telles qu'elles viennent d'être déterminées, il

(1) Cass. Req. 20 Avril 1869, S. 1869, 1, 359; D. P. 1870, 1, 99, Ferguson.

(2) V. ci-dessous, Chapitre III, p. 269.

est hors de doute que ce trust, soumis à la loi anglaise ou américaine, va modifier parfois très profondément la capacité de la femme, quelle que soit d'ailleurs sa nationalité.

Il s'agit de savoir, en conséquence de la qualification française, dans quelle mesure il pourra en être ainsi.

La Cour de Paris, dans l'affaire Alletz contre Godard-Dubuc (1), estima que le régime du trust ne pouvait avoir pour résultat d'empêcher la femme de contracter, avec la seule autorisation de son mari, un engagement affectant les valeurs qu'elle avait transportées en France, du consentement et avec le concours de ses trustees. Ceux-ci, en effet, pouvaient être considérés « comme s'étant dessaisis des droits qu'ils tenaient du contrat de mariage ». Par conséquent, en tant que française, la femme avait pu s'engager, et ses créanciers peuvent valablement former opposition sur les biens grevés.

La Cour fit ainsi prévaloir la qualification française, qui soumet la capacité à la loi personnelle, mais on peut se demander si l'interprétation qu'elle a donnée des droits des trustees est satisfaisante. En l'espèce, en effet ceux-ci pouvaient seuls disposer des biens constitués en trust, et ils ne s'étaient nullement dessaisis de leurs droits puisqu'au contraire, ils les avaient réservés expressément, leur responsabilité restant engagée. Cette situation n'avait d'ailleurs rien d'anormal, puisqu'on la retrouve en droit français : ainsi, sous le régime dotal, la femme ne peut disposer de ses biens dotaux, encore qu'elle ait reçu l'autorisation de son mari, de sorte que la Cour aurait très bien pu, si elle avait estimé que les droits des trustees n'avaient pas été respectés, annuler les engagements, ou plus exactement soustraire les biens grevés aux poursuites des créanciers.

La question ne se représenta pas, au point de vue de la capacité, dans les décisions que nous avons analysées précédemment, mais elle fut résolue dans le même sens, par un jugement du Tribunal de la Seine (2), s'agissant

(1) Paris, 4 Août 1853, précité.

(2) Trib. civ. Seine, 6 Août 1878, Cl. 1879, 62, Meux contre Erick.

d'une femme mariée anglaise. Le Tribunal estima que pour savoir si cette femme peut ester en justice pour revendiquer les biens soumis au régime du trust, il fallait se reporter à sa loi personnelle : les règles du régime matrimonial sont purement et simplement mises de côté. Sans doute le Tribunal, insuffisamment renseigné sur les termes de l'acte du trust, n'avait pas cru devoir en tenir compte. Il se bornait à appliquer la qualification française en matière de capacité.

C'est en l'état de ces précédents, en somme assez peu concluants, que le même Tribunal eut à connaître, un peu plus tard, d'une affaire qui devait rester fameuse par toute la série de décisions auxquelles elle donna lieu, tant en ce qui concerne la question qui nous intéresse, que la forme des testaments (1).

Une anglaise, domiciliée à Paris, y était morte en 1893, laissant une succession purement mobilière. Elle avait institué, par un testament précédant sa mort de quelques jours un sieur Gesling comme son légataire universel.

L'héritière légitime de la défunte, d'origine anglaise, s'était mariée sous le régime du trust, qui s'étendait ainsi aux biens à revenir de cette succession. Elle demanda au Tribunal de la Seine l'annulation du testament. Le légataire lui opposa alors les termes de son contrat de mariage, qui lui interdisaient d'agir en justice sans l'assistance de ses trustees. La femme répondit que, devenue autrichienne par son mariage, elle avait pu, conformément à la loi autrichienne, modifier ses conventions matrimoniales, et que dans tous les cas, les trustees ne pouvaient avoir qualité pour intenter cette action. Le Tribunal de la Seine déclara la demande recevable, mais refusa de prononcer la nullité du testament ; sur la recevabilité, qui nous intéresse seule,

(1) Trib. civ. Seine, 28 Juin 1895, Cl. 1895, 847 ; Paris, 2 Décembre 1898, Cl. 1899, 584, S. 1900, 2, 185, note de M. Audinet ; Cass. Civ. 29 Juillet 1901, Cl. 1901, 971, D. P. 1902, 1, 249, note de M. Claro, S. 1903, 1, 73, note de M. Naquet ; Orléans, 24 Février 1904, Cl. 1904, 680 et Cass. Civ. 20 Juillet 1909 (pour la forme des testaments) Cl. 1909, 1098, S. 1915, 1, 165, Gesling contre Viditz.

le Tribunal fut d'avis qu'il était sans intérêt de rechercher si la nationalité de la demanderesse ou son régime matrimonial lui permettaient d'intenter cette action, parce que les droits des trustees, quels qu'ils fussent, ne pouvaient pas faire disparaître l'intérêt personnel qu'elle avait à revendiquer la succession.

La Cour de Paris adopta purement et simplement ce raisonnement, suivant les conclusions de l'Avocat Général Jambois ; ce Magistrat estimait, lui aussi, que toute recherche était inutile, et que de toute façon, « les trustees n'avaient pas compétence pour agir, comme cela résultait des certificats de coutume produits par M. Gesling, et qui, lus de très près disaient juste le contraire de ce qu'on voudrait leur faire dire ». La femme pouvait donc ne pas posséder les fonds par elle-même, mais cette circonstance, suivant la Cour, n'avait pu la priver de l'intérêt qu'elle avait à agir. Et l'Avocat Général disait : « cette fin de non-recevoir ne tient pas debout ».

Il était difficile de poser plus mal la question : sans doute, comme nous allons le voir, les deux juridictions avaient été insuffisamment renseignées, et, en apparence, leur solution pouvait se défendre : la femme, dès qu'elle a reçu l'autorisation de son mari, peut être considérée comme capable. Mais, en réalité, l'intérêt pour agir ne peut suffire à habilitier une partie à laquelle la qualité fait défaut : ainsi, en droit français, la femme, tout en restant propriétaire de sa dot, ce qui justifie suffisamment son intérêt, ne peut poursuivre ses débiteurs, parce qu'elle n'a pas qualité pour le faire (1).

Cependant, la solution consacrée par la Cour de Paris a été défendue par M. Claro (2), qui employait un argument assez curieux. Pour lui, « le droit des trustees n'est qu'un droit dérivé, et si étendu qu'on le suppose, il a dû

(1) Voir la note de M. Audinet au Sirey. adde, Bartin sous Aubry et Rau, § 535, t. VIII, p. 547, texte et n. 9 ; Weiss, Traité, t. III, p. 507-508.

(2) Note au D. P. 1902, 1, 149.

nécessairement reposer; ne fût-ce qu'un instant de raison, sur la tête de la femme, par laquelle il leur est transmis et confié ». Le droit de propriété des trustees proviendrait ainsi « non pas d'une cession initiale et unique, s'appliquant à tous les biens présents et à venir, mais d'une suite de cessions successives et consécutives à chacune des acquisitions réalisées par la femme ».

Il y aurait donc, d'après cet auteur, deux opérations distinctes: d'abord, l'acquisition par la femme, ensuite, la cession aux trustees. Ce n'est que lorsque la première a eu lieu que la seconde peut intervenir, et précisément il n'en était pas ainsi; pour faire entrer les biens successoraux dans son patrimoine, la femme avait donc un intérêt, et par conséquent une action; mais l'arrêt aurait dû en préciser la nature juridique.

Cette analyse nouvelle du contrat de trust nous paraît, malgré son originalité, très difficilement soutenable: et d'ailleurs, le trust entraîne, comme devait justement le remarquer le Tribunal de la Seine dans l'affaire *Singer* (1), un dessaisissement irrévocable et définitif, tant pour les biens présents que pour les biens à venir. On aboutit ainsi, en fait, à supprimer les effets d'un contrat reconnu, en l'espèce, pleinement valable.

La solution était donc indéfendable, et sur le moyen tiré de cette fin de non-recevoir si dédaignée, la Chambre Civile cassa l'arrêt de la Cour de Paris: « l'intérêt pour agir ne peut suffire pour habiliter à ester en justice une partie qui n'aurait pas, en outre, capacité légale à cet effet: cette capacité, s'agissant d'une femme étrangère, est déterminée par son statut personnel, établi tant par sa nationalité que par son régime matrimonial. Dès lors, en refusant d'examiner si le statut personnel de la demanderesse lui conférerait le droit d'agir en justice avec la seule autorisation maritale, l'arrêt attaqué manque de base légale et viole l'article 3, alinéa 3 ».

(1) V. ci-dessus, p. 215.

Le régime matrimonial, tout comme la capacité, fait donc partie du statut personnel. En l'occurrence, la Cour pouvait croire qu'il en était ainsi, mais il n'en reste pas moins que la femme était autrichienne, et qu'elle était soumise à la loi anglaise pour son régime matrimonial : l'influence de ce dernier élément sur la capacité de la femme était reconnue expressément.

Mais, devant la Cour d'Orléans, qui statua sur renvoi, les faits furent singulièrement précisés : la femme avait bien adopté, dans son contrat de mariage, passé en 1864, le régime du trust, mais devenue autrichienne par son mariage, elle avait pu, suivant la loi autrichienne, modifier ses conventions matrimoniales : c'est ce qui avait eu lieu en 1893, par un acte qui abolissait le régime du trust. La demanderesse avait bien prétendu, devant le Tribunal, qu'il en était ainsi, mais ses précisions étaient restées insuffisantes.

Plus particulièrement lorsque la loi étrangère est complètement différente de la nôtre, les parties doivent donc prendre la précaution de renseigner les Tribunaux, sous peine de voir leurs prétentions rejetées. C'est une constatation que nous avons déjà eu l'occasion de faire (1).

Dans ces conditions, la Cour d'Orléans put déclarer l'action recevable, sans que la femme ait besoin d'aucune autorisation, puisque son mari était décédé : l'affaire, au point de vue qui nous intéresse, était terminée.

Mais cette longue suite de décisions présente un intérêt capital, en ce sens qu'elles ont établi, qu'au cas où le régime matrimonial des époux obéit à une loi différente de celle qui régit la capacité, il faut respecter les prescriptions de chacune d'elles. Il en est ainsi, en particulier, pour le régime du trust, dans les limites où il peut être reconnu valable : la femme pourra donc posséder une capacité complète, sans pouvoir cependant l'exercer, et sans pouvoir engager les biens soumis au trust. C'est la solution

(1) V. ci-dessus, Chapitre Premier, p. 134.

consacrée récemment par le Tribunal de la Seine, dans l'affaire Beer contre Betts-Brown (1).

Le fait est d'autant plus remarquable que le plus souvent, il s'agira de femmes anglaises, auxquelles leur loi nationale reconnaît une capacité complète.

Les créanciers français d'une femme placée dans cette situation s'exposent donc à des mécomptes très graves puisqu'ils croient avoir en face d'eux une débitrice solvable. C'est pourquoi on ne peut admettre l'application en France d'une loi étrangère qui conduira à de tels résultats, lorsque les tiers n'ont pu se renseigner sur le sens de ses dispositions.

(1) Trib. civ. Seine, 5^e Chambre, 22 Décembre 1926, précité.

CHAPITRE III

Les lois de police et de sûreté et la notion d'ordre public international

L'article 3 alinéa 1^{er} du Code Civil dispose que « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».

A première vue, ce texte ne paraît comprendre que des règles relevant principalement, ou en partie, du droit public: telles la répression pénale, la réglementation du travail, ou encore la matière des actes de l'état Civil (1).

Mais il s'applique aussi, sur le terrain du pur droit privé, à d'autres matières.

C'est ce qui résulte des Travaux Préparatoires du Code Civil, ou plutôt, d'un passage essentiel du discours prononcé par le tribun Faure, le 14 Ventôse An XI (2): « quant au statut personnel, on distingue entre les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes, et celles qui concernent la police et la sûreté du pays... »

L'article 3 alinéa 1^{er} se présente ainsi comme une disposition de conflits concernant les rapports privés des individus. Le principe qu'il formule peut même se dégager assez facilement : il correspond à l'idée que l'Etat doit un minimum de protection à tous ceux qui résident, momentanément ou non, sur son territoire : cette idée implique, en retour, la soumission de tous ces individus à certaines dispositions correspondant aux exigences de la vie sociale organisée.

Mais si le but de la règle est simple, son application est souvent incertaine. C'est que la formule équivoque du

(1) Lerebours-Pigeonnière, Précis, N^{os} 239-240.

(2) Locré, I, 613.

texte se prête à de multiples interprétations. Ces dispositions de police et de sûreté présentent évidemment un caractère impératif ; mais cela ne suffit pas à les définir. Les anciens auteurs y comprenaient, entre autres, les lois sur la responsabilité civile, dans les termes des articles 1382 et suivants, l'obligation alimentaire, les pouvoirs du mari sur la personne de sa femme (1).

Cette interprétation pouvait s'appuyer sur les commentaires du Tribun Faure, puisqu'elle faisait entrer dans les lois de police civile des dispositions de statuts personnel, mais elle n'est plus acceptée aujourd'hui dans les mêmes termes.

Sans doute, la doctrine et la jurisprudence invoquent-elles encore l'article 3 alinéa 1^{er}, lorsqu'elles soumettent à la loi française certains rapports de droit privé, mais ne n'est pas toujours à titre de dispositions de police qu'elles appliquent ainsi nos propres lois, c'est en vertu de l'idée d'ordre public international dans l'article 3 alinéa 1^{er} (2).

Il est certain cependant que les deux catégories de dispositions présentent, selon nous, des caractères fondamentalement différents : les dispositions de police civile de la loi française s'appliquent normalement, dans notre système de conflits, à certains rapports de droit localisés en France, tandis que les dispositions d'ordre public international ne s'appliquent que par une substitution en somme arbitraire des dispositions de la loi française à celles de la loi étrangère normalement compétente.

Il en résulte que la règle exprimée au texte pour les dispositions de police civile s'appliquera aussi bien, devant les Tribunaux français pour des rapports localisés à l'étranger : l'intervention de la loi territoriale, plus exactement, de la loi locale est universellement reconnue. Le juge fran-

(1) Aubry et Rau, § 31, t. I, p. 131-133.

(2) Audinet, Principes, 2^e éd., n° 300, Weiss, Traité, 2^e éd., t. III, p. 101, Pillet, Traité, t. I, Nos 353-354, Bartin, Principes, § 330, t. II, p. 391-392.

çais, saisi du litige appliquera donc la loi étrangère toutes les fois qu'elle jouera le rôle de loi locale.

Au contraire, par le jeu de l'ordre public international, c'est, dans tous les cas, la loi française qui s'applique : elle intervient, non pas à titre de loi locale, mais à titre de *lex fori*.

Cette analyse, aujourd'hui bien connue, de la notion d'ordre public international (1), n'est pas acceptée de tous les auteurs. C'est surtout sous l'influence des idées italiennes qu'on prétend faire ainsi appel à la notion d'ordre public pour justifier l'article 3 alinéa 1^{er}. Mais ces tentatives pour fonder sur l'ordre public une règle de conflit particulière conduisent à des résultats inadmissibles : qu'elles prétendent y avoir une règle exceptionnelle ou une règle normale, elles aboutissent à classer pêle-mêle dans une même catégorie des dispositions légales sans lien entre elles. Or là la notion d'ordre public échappe définitivement à toute énumération un peu précise, parce qu'elle se présente comme un remède arbitraire, mais nécessaire, aux imperfections de la communauté juridique internationale (2).

Il n'en reste pas moins que l'idée même de l'ordre public se retrouve dans l'article 3 alinéa 1^{er}, qui prend ainsi un caractère assez mal défini. En particulier, la jurisprudence a trop souvent à faire appel au texte pour justifier des solutions qui ne peuvent s'expliquer que par l'ordre public lui-même.

Ce n'est pas à dire cependant qu'elle ne pourrait jamais fournir de critérium : dans certains cas, les dispositions police de la loi étrangère reconnue normalement compétente ; mais cela suppose que le rapport de droit qui fait l'objet du litige est localisé à l'étranger. Au contraire, lorsqu'il est localisé en France, la différence devient insensible :

(1) Bartin, *Etudes*, p. 190 s., *Principes*, § 90 et s., t. I, p. 239 s. ; dans le même sens, Niboyet, *Manuel*, 2^e éd., n° 437 ; Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, n° 281.

(2) Bartin, *op. cit.* et *loc. cit.*

le juge français lui appliquera toujours la loi française, que ce soit à titre de *lex fori* ou de loi de police. C'est seulement si les Tribunaux étrangers étaient saisis d'une demande en exequatur de la décision française ainsi rendue qu'on pourrait faire la distinction.

Lors donc qu'on se trouve en présence d'une telle décision, il n'est pas facile de savoir à quel titre elle applique la loi française. Le seul moyen de se décider consiste en une analyse serrée, non pas de la notion fuyante et incertaine d'ordre public, mais de celle de police civile.

En nous plaçant ici uniquement au point de vue de la condition de la femme, nous rencontrons plusieurs règles dont le caractère semble assez difficile à dégager.

Sur un point, cependant, l'accord est réalisé : les dispositions légales qui fixent l'étendue des obligations incombant à l'auteur d'un fait illicite, dans les termes des articles 1382 et suivants, sont des dispositions de police : que la femme soit auteur, ou au contraire victime d'un délit ou d'un quasi-délit civil qui se produit en France, c'est la loi française qui s'appliquera, même au regard des Tribunaux étrangers.

Inversement, si le fait illicite s'est produit en pays étranger, nos Tribunaux appliqueront — sauf intervention de l'ordre public —, la loi en vigueur dans ce pays.

La solution se justifie d'elle-même : en effet, ces règles répondent entièrement au but précis de toute disposition de police : assurer la sécurité que l'Etat doit à tous ceux qui résident sur son territoire, quant à leurs relations juridiques et économiques (1).

Cette sécurité, que l'Etat se doit d'assurer ainsi à ceux qui sont victimes d'un fait illicite, ne serait qu'incomplète si elle ne s'étendait pas aux conséquences de certains faits dommageables, qui entraînent l'enrichissement injuste d'une personne au profit d'une autre, ici de la femme au profit d'un tiers quelconque.

(1) Bartin, Principes, § 75, t. I, p. 185-186. Niboyet, Manuel, 2^e éd., n^{os} 489 s.

Ces faits illicites ou dommageables peuvent se produire en dehors de tout engagement contractuel préalable, ou au contraire, à l'occasion d'un contrat. Mais il n'y a aucune différence à faire entre ces deux situations, puisque, dans l'une ou l'autre, c'est son résultat que l'on prend en considération et non son origine.

Dans toutes ces hypothèses, chaque fois que le juge français appliquera la loi française, c'est incontestablement à titre de loi de police civile.

Mais, dans certains cas, manifestement, le juge dépasse le but visé par la loi ; il écarte la loi étrangère pour des raisons assez peu solides, qui se ramènent en général à cette considération qu'il faut protéger les intérêts français. On peut se demander alors à quel titre intervient la loi française, et s'il y a lieu d'approuver cette tendance, d'ailleurs assez modérée, en ce qui concerne les femmes mariées.

La question change d'aspect si l'on raisonne sur une catégorie différente d'engagements contractés par la femme : il s'agit ici des actes qu'elle passe en vertu du mandat domestique qui lui est reconnu, pour les dépenses du ménage. La jurisprudence soumet le plus souvent ces engagements à la loi française, sans en donner d'ailleurs des raisons bien nettes.

De même, à un point de vue un peu différent, le devoir d'obéissance imposé à la femme, et qui se traduit, sur le plan économique, par la nécessité où elle se trouve d'obtenir une autorisation pour exercer une profession quelconque, a été soumis, par la jurisprudence, à la loi française, intervenant en vertu de l'article 3 alinéa 1^{er}.

Ces deux institutions, en rapports étroits avec l'incapacité de la femme, et qui, théoriquement, paraissent relever de la loi personnelle, ne doivent-elles pas être considérées comme des dispositions d'ordre public international en France, ou, au contraire, peut-on y voir des lois de police, au sens de l'article 3 ? C'est la question qu'il nous faudra résoudre.

Tous ces engagements contractés par la femme mariée ont, malgré les différences qui les séparent, un caractère

commun : avec eux, la notion de capacité proprement dite régie par la loi étrangère passe au second plan, sous l'influence de considérations économiques et sociales qui exigent, dans l'ordre du conflit des lois, l'application d'une loi toute différente de celles qu'on a vues intervenir jusqu'à présent. Ni la loi personnelle, ni la loi qui gouverne le régime matrimonial ne peuvent en effet remplir le rôle que joue ici la loi locale, considérée comme loi impérative. Son application rappelle ici celle de la *lex rei sitae* à l'organisation de la propriété. Ce sont deux lois, seules susceptibles d'assurer le respect de multiples intérêts tous localisés en des endroits déterminés, intérêts des tiers, intérêts du public, en un mot, au point de vue économique, intérêts du crédit.

La notion différente d'ordre public nous ramène à des considérations moins économiques que sociales : la société, dans un pays donné, pour nous, la France, repose sur certains principes tellement essentiels — ou considérés comme tels — qu'on ne peut tolérer l'introduction, même temporaire, même isolée, même indirecte, de règles différentes.

Mais, si, dans toutes ces situations la loi étrangère est écartée, c'est toujours sous l'influence des considérations politiques, qui apparaissent derrière ces considérations économiques ou sociales assez diverses. Tantôt, elles coïncideront avec les principes juridiques, tantôt elles seront en conflit avec eux, et dans ce dernier cas, probablement, elles les feront écarter. Sous cet angle nouveau, le conflit des lois conserve donc son caractère essentiel : il reste un conflit de souverainetés, à solutions purement nationales.

Ces observations seront confirmées, comme nous allons le voir, par l'étude des diverses matières que nous avons énumérées, et qui comprendra quatre sections :

Section I : la responsabilité délictuelle.

Section II : la théorie de l'intérêt national et l'enrichissement injuste.

Section III : le mandat domestique.

Section IV : le devoir d'obéissance.

SECTION I

LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

Une femme mariée étrangère, que sa loi frappe d'incapacité, commet en France un acte qui engage sa responsabilité (1). Il peut en être ainsi dans deux situations bien différentes : à l'occasion d'un contrat, ou au contraire en l'absence de tout contrat : c'est la distinction classique, si attaquée aujourd'hui, entre la faute contractuelle et la faute délictuelle (2).

Si l'on admet cette distinction, on est amené, sur le plan du conflit des lois, à soumettre chaque type de responsabilité délictuelle à la *lex loci delicti*, déterminée impérativement en considération du lieu où s'est produit le fait illicite (3), et la responsabilité contractuelle à la *lex loci contractus*, déterminée par la volonté des parties, expresse ou présumée (4).

Mais, ici, la controverse perd de son intérêt : c'est toujours la loi française qui s'applique, lorsque l'acte ou le contrat se sont produits en France. Il n'en reste pas moins cependant que les deux types de responsabilité peuvent très bien se cumuler ; le fait du débiteur peut constituer à la fois l'inexécution de son obligation, et vis-à-vis de son créancier, un délit civil : lorsque, par conséquent, la loi française intervient pour régir cette double responsabilité, il est bon de savoir à quel titre.

En effet, dans la pratique, c'est toujours à l'occasion d'un contrat que la responsabilité délictuelle de la femme mariée a été engagée.

(1) V. notre Introduction, p. 7.

(2) V. surtout les critiques de M. Planiol, *Traité Élémentaire*, 10^e éd., par M. Ripert, t. II, n^o 877, p. 305, contra : *Bartin*, sous *Aubry et Rau*, § 445, n^o 9 undecies, t. VI, p. 352-354 ; *Principes*, § 332, t. II, p. 395.

(3) V. *Bartin*, *Principes*, § 338, t. II, p. 416-417.

(4) *Cass. Civ.* 5 Décembre 1910, *Cl.* 1912, 1156.

Ainsi, la Cour de Paris (1) a eu l'occasion de distinguer les deux sortes de responsabilité, s'agissant d'engagements contractés en France, par une femme étrangère dans des conditions très particulières : celle-ci avait souscrit des billets au profit d'un créancier français, et n'en avait pas réglé le montant : poursuivie devant le Tribunal de la Seine, elle prétendit que sa loi personnelle la frappait d'incapacité : le créancier alléguait bien qu'il avait été induit en erreur sur la capacité de sa débitrice, qui s'était présentée comme divorcée, mais comme il ne faisait pas la preuve de la dissolution du mariage, le Tribunal de la Seine (2) le débouta.

Mais, sur appel, la Cour rendit un arrêt infirmatif : la femme, française d'origine, avait épousé un Italien ; puis une séparation de corps intervint entre les deux époux suivant la loi italienne, et la femme se fit naturaliser dans le Grand-Duché de Saxe, où elle obtint la conversion de sa séparation de corps en divorce, conformément à la loi saxonne.

Pour mieux donner confiance à son prêteur, elle lui avait produit un acte notarié contenant liquidation de la succession de sa mère, et dans lequel elle était qualifiée citoyenne du Grand-Duché de Saxe, et femme divorcée. Le montant de ses engagements dépassait cent mille francs : c'était la meilleure preuve que son créancier était convaincu qu'elle était capable.

Reprenant son argumentation, la femme soutint que les billets, qui avaient d'ailleurs pour cause des prêts usuraires, étaient nuls pour défaut d'autorisation maritale, d'après l'article 134 du Code Civil italien, qui la régissait toujours, parce que sa naturalisation et son divorce n'avaient aucune valeur en France, comme n'ayant été obtenus en Saxe que frauduleusement et sans autorisation maritale.

Sans même examiner ce raisonnement audacieux, la Cour, « considérant qu'il est constant que par suite des manœuvres dolosives qu'elle avait employées pour induire

(1) Paris, 4 Mars 1890, Cl. 1891, 205, Chaumier contre dame Fiocca.

(2) Trib. civ. Seine, 19 Janvier 1888, Cl. 1891, 205.

Chaumier en erreur sur sa capacité; la dame Fiocca a commis vis-à-vis de lui un délit des plus caractérisés... », et qu'il est de principe « qu'en aucun cas la femme mariée n'est restituable contre les conséquences de ses délits ou quasi-délits », accueillit la demande du créancier, fondée subsidiairement sur l'article 1382 du Code Civil. En conséquence elle condamna la femme à réparer le préjudice causé.

L'affaire se complique d'ailleurs par l'intervention du mari : par un second arrêt, la Cour (1), sans rechercher si cette opposition était recevable, l'en débouta, parce que la femme n'avait pas été condamnée à cause d'obligations contractées par elle sans le concours de son prétendu mari, mais en vertu des dispositions de l'article 1382 du Code Civil.

La distinction nous semble donc parfaitement bien établie : sans doute la Cour avait à sa disposition plusieurs moyens pour donner satisfaction au créancier français, mais elle a employé le plus juridique et le plus satisfaisant.

Quelques années plus tard, le Tribunal de Nice, puis la Cour d'Aix et la Cour de Cassation (2), rendirent des décisions analogues, à propos d'un emprunt de soixante mille francs, contracté par une femme mariée italienne sous le nom de son premier mari, contre la remise en gage de bijoux, et dont le mari demandait la nullité.

Le Tribunal commence par déclarer l'emprunt nul, aussi bien en vertu de l'article 217 du Code Civil, que de l'article 134 du Code civil italien, puis il a écarté l'idée de mandat tacite, le mari n'ayant pas connu l'engagement, et enfin une prétendue ratification qui n'était nullement prouvée. Quant à la demande du mari; « elle est fondée sur le droit qu'il a de faire respecter avec une disposition légale

(1) Paris, 27 Avril 1891, Cl. 1891, 1199, D. P. 1892. 2. 135. Fiocca contre Chaumier.

(2) Trib. civ. Nice, 20 Mars 1899, Cl. 1899, 1010; Aix, 15 Juin 1900; Cass. req., 21 Octobre 1902, Cl. 1903, 380, Trezza di Musella contre Hominal.

d'ordre public, son autorité maritale méconnue dans un but manifestement illicite » (la femme avait emprunté pour jouer) ; mais le Tribunal refuse de l'accueillir, parce que le mari ne rapporte pas la preuve que les bijoux engagés lui appartenaient.

Quant au créancier, il a commis une grave imprudence et une lourde faute, en négligeant de demander une autorisation maritale. Mais la femme ayant, dans un but dolosif, dissimulé son état-civil, il y a eu, estime le Tribunal, sinon fraude concertée, du moins faute commise, la femme sera tenue jusqu'à concurrence de moitié du prêt.

La Cour fut d'avis, au contraire, que la femme avait commis un quasi-délit bien caractérisé dont elle devait réparer intégralement les conséquences sur ses biens personnels et elle la condamna à payer soixante mille francs au créancier.

Sur pourvoi, la Cour de Cassation rendit un arrêt de rejet, sur la possession des bijoux, et sans même examiner la question de responsabilité.

Aussi nette que paraisse la décision de la Cour d'Aix, on peut se demander si elle a eu raison de se montrer aussi indulgente envers un créancier qui n'était au fond qu'un usurier, de sorte que le jugement du Tribunal de Nice était certainement mieux rendu en équité. Mais, sur la question de responsabilité, l'arrêt distingue très bien les conditions dans lesquelles elle se pose : l'engagement est nul, par application du statut personnel, mais, par suite de son délit ou de son quasi-délit, la femme doit réparation du préjudice qu'elle a causé.

La loi française, intervenant dans ces conditions, s'appliquera au point de savoir dans quelles conditions la femme peut être déclarée responsable, à la définition des faits constitutifs du délit ou du quasi-délit (1), et c'est encore elle qui fixera le montant et le caractère de la répa-

18

(1) Ainsi la simple déclaration qu'elle est non mariée ne suffira pas à engager sa responsabilité, lorsque les tiers auront pu se renseigner sur sa situation. V. les arrêts cités ci-dessous et notre Introduction, p. 7.

ration, ou qui décidera si la femme et ses complices, au cas où elle en aurait, seront tenus solidairement (1).

Ces diverses solutions ne sont que la conséquence du principe : pour être complète, la garantie que l'État doit à tous ceux qui vivent, d'une façon passagère ou définitive, dans le milieu social qu'il réglemente, ne peut varier suivant la nationalité de ceux qui l'invoquent ou la transgressent : le système doit donc s'appliquer tout entier aussi bien aux français qu'aux étrangers, qu'ils soient victimes ou au contraire responsables du fait délictueux.

Nous pouvons faire la contre-épreuve du système, en relevant un certain nombre d'arrêts qui ont, par application de la loi nationale, annulé les contrats irréguliers, motif pris qu'il n'y avait eu de la part de la femme aucune manœuvre susceptible d'engager sa responsabilité.

La Cour de Paris, adoptant les motifs d'un jugement du Tribunal de la Seine (2), décide que « le seul fait pour une femme mariée portugaise — séparée de fait et de biens de son mari — de n'avoir pas déclaré sa qualité en contractant, ne suffit pas à soustraire les tiers aux conséquences du défaut d'autorisation maritale ». Les créanciers étaient de bonne foi, mais, malgré l'état de séparation de fait des époux, rapproché surtout de leur qualité d'étrangers, ils auraient dû prendre la précaution de se renseigner; cependant la femme devra restituer le montant de son enrichissement (3).

De même, la Cour d'Aix, par un arrêt du 4 mars 1890 (4) confirma un jugement du Tribunal de Grasse, qui avait annulé les engagements contractés par une femme vaudoise au mépris de la loi de son Canton, et prit soin de préciser que « les faits tels qu'ils résultaient des débats ne

(1) V. *Bartin*, *Principes*, § 333 et s., t. II, p. 397 s.

(2) Trib. civ. Seine, 8 Juin 1886; Paris, 14 Novembre 1887, Cl. 1888, 790, D. P. 1888, 2, 225, dame Négrao.

(3) V. ci-dessous, Section II, p. 249.

(4) Aix, 4 Mars 1890, Cl. 1891, 1202, dame Gougoltz.

suffisaient pas à établir à l'encontre de la femme des agissements ayant le caractère d'un quasi-délit. »

La Cour de Paris se montre tout aussi formelle, dans une affaire Capella contre Weille (1), s'agissant d'engagements contractés en France par une femme mariée italienne, d'ailleurs mineure ; celle-ci n'a pas obtenu l'autorisation exigée par sa loi nationale : ses actes sont nuls, « alors qu'il est établi que Weille n'a été trompé ni sur l'âge, ni sur la nationalité de la dame Capella. »

Ainsi encore, dans l'affaire de Vlassov, le Tribunal de la Seine (2) estima que les tiers devaient, avant de contracter avec des étrangers, se renseigner exactement sur leur leur capacité et les règles particulières de leur statut personnel.

Quelques années plus tard, le même Tribunal (3) décide qu'une erreur juridique, commise de bonne foi dans un bail, sur l'application de la loi russe à la capacité d'une femme mariée russe, ne saurait engager sa responsabilité, et que lês tiers traitant avec une femme mariée doivent prendre des précautions et faire des recherches, facilités d'ailleurs en l'espèce, par le fait que les époux avaient adopté en France le régime dotal français, et qu'ils avaient publié leur contrat de mariage, conformément à l'article 75 du Code civil (4). Cette décision est d'autant plus intéressante que le Ministère public s'était prononcé en sens contraire, dans ces conclusions (5).

On retrouve la trace de cette jurisprudence dans le jugement plus récent du Tribunal de la Seine (6), rendu dans l'affaire Beer contre Betts Brown.

(1) Paris, 16 Novembre 1898, Cl. 1899, 364.

(2) Trib. civ. Seine, 29 Mai 1901, Cl. 1902, 361.

(3) Trib. civ. Seine, 16 Juillet 1910, Cl. 1911, 222. Rev. de D. I. P., 1911, 377, Gortchacow contre de Guébriant.

(4) V. ci-dessus, Chapitre II, p. 210-211.

(5) V. la Revue de D. I. P., loc cit.

(6) Trib. civ. Seine, 2^e Ch., 22 Décembre 1926, Rev. de D. I. P., 1927, 70. V. ci-dessus, Chapitre II, p. 218-219.

La maison Beer reprochait à Mrs Betts-Brown de n'avoir pas révélé l'existence de son trust : le Tribunal prend soin d'écarter l'objection, en remarquant qu'il n'est nullement démontré que la femme ait fait des déclarations inexactes, et il ajoute que la maison Beer était à même de se renseigner, et que, société anglaise, elle ne devait pas ignorer l'institution du trust, assez répandue en Angleterre.

Toutes ces décisions sont parfaitement nettes : elles appliquent la loi étrangère, ou, au contraire, l'écartent, tout comme elles annuleraient ou maintiendraient les engagements d'une femme mariée française. Mais cette jurisprudence encourt peut-être le reproche de ne pas justifier suffisamment l'application qu'elle fait de la loi française : on semble rester sur le terrain du pur droit privé : l'application des articles 1382 et suivants paraît si naturelle qu'elle ne cherche pas à se justifier : la femme n'est, en aucun cas, testituable contre les conséquences de ses délits ou de ses quasi-délits, tel est l'unique argument qu'elle emploie.

Mais, en y regardant de plus près, cette substitution de la loi française à la loi étrangère ne peut s'expliquer que par cette idée que les articles 1382 et suivants, ou, plus généralement, tout le système de la responsabilité, sont des dispositions normalement applicables en France : il ne peut, dans l'esprit des juges, en être autrement.

On exclut, par là même, l'intervention de l'ordre public, qui ne se conçoit, selon nous, que dans les cas où la loi étrangère normalement applicable. La question ne s'est pas posée devant la jurisprudence, ni directement, ni indirectement — à propos d'une instance en exequatur — pas plus pour les délits commis à l'occasion d'un contrat. Mais dans ce cas, il est hors de doute que les articles 1382 et suivants pourraient devenir des dispositions d'ordre public international, si la loi étrangère, intervenant à titre de *lex loci delicti*, n'assurait qu'une réparation insuffisante ou, à plus forte raison, pas de réparation du tout.

L'hypothèse est d'ailleurs assez invraisemblable, car cette opposition irréductible des deux législations, condition nécessaire de l'intervention de l'ordre public interna-

tional, ne pourrait guère se rencontrer, le principe posé par l'article 1382 étant certainement reconnu dans toutes les législations.

Il devient peut-être inutile d'écarter alors les dispositions de la loi nationale, même en se fondant sur la règle de compétence normale exprimée par l'article 3 alinéa 1^{er} si toutes les législations reconnaissent que la femme peut s'engager par ses délits ou ses quasi-délits, à quoi bon appliquer la loi française ? Au surplus, la question suppose que la femme étrangère est incapable, ce qui n'est plus de nature à se rencontrer souvent.

Ces objections contiennent une part de vérité, mais elles négligent beaucoup trop, d'une part, le rôle qu'il faut conserver à la loi locale, et d'autre part, les incapacités dont les femmes étrangères sont frappées à raison de leur régime matrimonial, en admettant que leur loi personnelle les laisse entièrement libres.

Quand bien même l'application de la loi étrangère conduirait à des résultats satisfaisant l'équité et les intérêts légitimes du crédit, il faut lui assigner certaines limites : les lois d'état et de capacité ; pour le reste, même si l'on admet, suivant la formule du tribun Faure, qu'il s'agit encore du statut personnel, il convient de l'écarter : les exigences de la vie nationale font passer au second plan celle de la vie internationale.

Mais ce pouvoir qu'ont ainsi les Tribunaux d'écarter la loi étrangère n'est pas sans danger : sans doute ils ne peuvent toujours faire appel, s'agissant d'un contrat, à l'idée de responsabilité délictuelle : comment justifier, alors, les décisions qui appliquent la loi française ? Nous allons voir comment on peut essayer de le faire.

SECTION II

LA THÉORIE DE L'INTÉRÊT NATIONAL
ET L'ENRICHISSEMENT INJUSTE

Lorsque les conditions dans lesquelles la femme étrangère a contracté ne permettent pas de faire appel à l'idée de responsabilité délictuelle, comment valider le contrat, nul d'après sa loi personnelle, alors que les intérêts des tiers qui ont traité avec elle commandent cette solution ?

Le problème comporte une réponse bien connue : celle de la théorie dite de l'intérêt national, qui défendue autrefois par un certain nombre d'auteurs (1), a trouvé sa consécration, pour les mineurs, dans l'arrêt Lizardi (2). Mais le principe même de cette théorie suppose que la femme étrangère est frappée d'une capacité plus restrictive que celle qui frappe les femmes françaises. Le cas a pu sans doute se présenter autrefois pour les incapacités spéciales, il peut aujourd'hui encore se présenter pour les actes concernant les biens réservés, ou pour les femmes séparées de corps, mais il en sera rarement ainsi. La théorie ne jouera donc pas grand rôle.

Elle a cependant été appliquée, précisément dans l'hypothèse de séparation de corps, s'agissant encore de la dame Fiocca : le Tribunal de la Seine (3), saisi d'une demande du sieur Fiocca, tendant à l'annulation d'une vente d'immeuble consentie par sa femme sans son autorisation, admet

(1) Demolombe, Cours de Code Civil, t. I, p. 102 ; Valette, sous Proudhon, Etat des personnes, t. I, p. 85 ; Aubry et Rau, § 31, t. I, p. 145. Contra : Audinet, Principes, 2^e éd., n^o 323 ; Weiss, Traité, t. III, p. 164 ; Despagnet et de Boeck, Précis, 5^e éd., n^o 322 ; Surville et Arthuys, Cours, 7^e éd. 1925, n^o 151. V. aussi Bartin, Etudes, p. 196, Guillot, op. cit., p. 240.

(2) Cass. req. 16 Janvier 1861, S. 1861, I, 305. V. D. de Vabres, op. cit., p. 252 s., Batiffol, op. cit., p. 235 s.

(3) Trib. civ. Seine, 2^e Chambre, 5 Avril 1895, Cl. 1895, 607, Fiocca contre sa femme et les époux de Bouthillier-Chavigny.

cette demande, par application de l'article 134 du Code Civil italien, mais il déclare le contrat valable, car, si la dame Fiocca peut se prévaloir de son statut personnel dans rapports avec son époux, elle ne peut l'invoquer contre ses co-contractants français, ceux-ci « n'étant pas tenus de connaître des diverses législations mises en conflit par les prétentions contradictoires des époux. Leur bonne foi est suffisamment établie, il n'y a eu ni imprudence, ni légèreté de leur part à s'en tenir aux déclarations de la venderesse, et à sa situation apparente de femme divorcée, qui, au moment de la vente, remontait à plus de treize années... Ainsi s'est constitué et a été consacré par un long usage, un état apparent de femme divorcée, qui conduisait les tiers à la croire libre et capable... Il convient donc d'opposer à l'application du statut personnel des étrangers, certaines restrictions et certains tempéraments, sans lesquels il y aurait danger incessant d'erreur et de surprise au préjudice des créanciers français ».

C'est la consécration expresse de la théorie, avec tous les arguments qu'on invoque à son appui : la bonne foi, l'absence d'imprudence et de légèreté, l'ignorance légitime des créanciers.

Mais, quelles que soient les raisons plus ou moins valables qu'on puisse en donner, cette dérogation aux principes est injustifiable (1). Tout au plus peut-on admettre que l'intérêt du créancier français triomphe seulement lorsqu'il a des titres égaux à ceux de l'incapable étranger (2), ici de la femme mariée. Il faudrait, dans cette conception, que, pour valider le contrat, le créancier n'ait pu se renseigner ou ait tenté de le faire, mais sans y parvenir : c'était le cas de l'arrêt Lizardi, c'était peut-être aussi celui de l'affaire Fiocca. Autrement dit, l'erreur de droit quant à la loi étrangère sera prise en considération, parce que la maxime

(1) C'est la négation du Droit International Privé, selon M. D. de Vabres, *op. cit.*, p. 252, notes. N'est-ce pas plutôt celle du système de la loi nationale ?

(2) V. Battifol, *op. cit.* p. 239-250.

« *nemo censetur ignorare jus* » ne s'applique pas au contenu de la loi étrangère (1). La raison pour laquelle cette erreur de droit mérite d'être protégée, c'est que le crédit public, l'intérêt national, et non seulement l'intérêt d'un national, souffrirait s'il en était autrement. Le seul moyen de le satisfaire consiste donc à valider le contrat.

Cette conception, plus modérée dans son principe et ses applications que la théorie de l'intérêt national sous sa forme classique, n'en a pas moins l'inconvénient de laisser place à des abus toujours possibles. Comment le juge français appréciera-t-il les intérêts opposés du créancier français et de l'incapable étranger ? Se prononcera-t-il impartialement ? La répugnance encore très nette de nos tribunaux à appliquer la loi étrangère permet d'en douter. Sans doute, le système se justifie par des considérations d'équité et des nécessités pratiques si impérieuses que la plupart des législations l'ont consacré que bientôt peut-être, comme nous l'avons vu, la loi française consacrera une disposition encore plus large (2). Mais, il paraît impossible d'aller aussi loin dans la substitution de la loi française à la loi personnelle étrangère, sinon en faisant un choix entre les actes patrimoniaux, et en soumettant à la loi française seulement les actes courants, ce qui reviendrait, en somme, à la solution de la jurisprudence. D'ailleurs, à quel titre la loi française interviendrait-elle ? On ne voit que deux réponses possibles : à titre de *lex loci contractus*, ou en vertu de l'ordre public international : toutes les deux sont aussi peu satisfaisantes.

En ce qui concerne l'intervention de la loi française à titre de *lex loci contractus*, impérative, d'ailleurs, elle ne peut se comprendre, même dans des cas exceptionnels, que si l'on abandonne délibérément la notion fondamentale de

(1) Cf. *Bartin, Principes*, § 108-109, t. I, pp. 280-282.

(2) Article 18 du projet de la Société d'Etudes législatives, *Bulletin* 1930, p. 97 et s., p. 176. V. ci-dessus, 1^{re} Partie, p. 60 ; on se rappelle que ce texte sanctionne l'application de la loi française pour tous les actes, excepté ceux qui concernent les rapports de famille.

protection de l'incapable, et, comme telle, elle suppose un bouleversement juridique qui paraît peu vraisemblable.

Sans doute une décision (1) a-t-elle soumis la capacité d'une femme mariée anglaise à la loi française, parce qu'il s'agissait d'un contrat de transport dont l'exécution s'était achevée en France ; la femme avait pu ainsi intenter une action en justice avec l'autorisation maritale, alors que la loi anglaise lui interdisait d'agir. Mais cette décision, qui applique d'ailleurs la loi française à titre de loi choisie présomptivement par les parties, n'est qu'une anomalie absolument inexplicable. C'est peut-être le système suivi en Angleterre ou en Amérique, ce n'est pas le nôtre.

Il ne reste plus alors qu'une seule explication possible : celle de l'ordre public international ; elle répond certainement beaucoup mieux à l'esprit de la solution : c'est la divergence irréductible entre les dispositions de la loi étrangère et celles de la loi française qui fait appliquer cette dernière. Mais les conséquences de l'idée nous paraissent trop graves pour qu'on puisse l'accepter : la territorialité très rigoureuse qu'elle implique, sa mobilité, son arbitraire en un mot, dépassent certainement le but visé, qui n'est autre chose que la protection d'intérêts légitimes, sans doute, mais trop difficiles à déterminer pour qu'on puisse s'arrêter à temps dans cette voie dangereuse. Avec un tel système, à quelles solutions n'aboutirait-on pas ?

Nous rejetons donc ces deux explications, inconciliables avec l'esprit actuel de notre système de conflits, si l'on veut lui conserver un minimum de logique et de justice. Est-ce à dire que dans tous les cas, les intérêts des tiers seront sacrifiés si l'on ne peut relever un délit contre la femme ? Nous ne le pensons pas, et nous croyons qu'il existe un moyen de les protéger, en dehors de tout appel à la notion de *lex loci contractus* ou d'ordre public international. Il suffit, pour cela, de reprendre l'examen de la jurisprudence.

(1) Trib. comm. du Havre, 9 Novembre 1891, Cl. 1892, 1141, dame Adderley contre Langstaff.

En effet, aussi bien dans l'arrêt Lizardi que dans les décisions intervenues spécialement sur la femme mariée, mais qu'on rattache en général à la jurisprudence de l'intérêt national, on relève ce motif que l'incapable avait tiré profit de ses engagements.

Ainsi, le Tribunal de la Seine (1), s'agissant de billets signés par une femme mariée portugaise, sans autorisation maritale, estime que les créanciers français ne peuvent ignorer la situation de leur débitrice, car ils doivent dans tous les cas s'en informer avant de contracter avec elle. Mais, ajoute-t-il, « attendu que les incapables sont restituables, pour cause de lésion seulement, et que spécialement, les femmes mariées ne sont admises à se faire restituer contre leurs engagements que jusqu'à concurrence des sommes qui n'ont pas tourné à leur profit », la femme sera condamnée à payer le montant intégral des billets, dont elle a profité. S'agissant de la même femme, le Tribunal de la Seine et la Cour de Paris (2) décident que l'engagement qu'elle a contracté irrégulièrement est nul, mais, aux termes de l'article 1312, la condamnent à restituer le montant de son enrichissement.

Le système fut sanctionné par la Cour de Cassation quelques années plus tard dans l'affaire de Graffenried (3), que beaucoup interprètent comme la consécration de la jurisprudence de l'arrêt Lizardi, mais qui se rattache bien plus nettement à la notion d'enrichissement injuste (4).

Madame de Graffenried, veuve d'un citoyen du Canton de Berne, avait continué des opérations que son mari avait engagées avec une banque parisienne. Mais, tutrice de ses enfants, aux termes de la loi de son Canton, elle ne pouvait

(1) Trib. civ. Seine, 12 Avril 1882, Cl. 1882, 619, Belnot contre Négrao.

(2) Trib. civ. Seine, 8 Juin 1886, Paris, 14 Novembre 1887, Cl. 1888, 790, D. P. 1888, 2, 225.

(3) Cass. Civ. rej. 23 Février 1891, D. P. 1892, I. 29, S. 1895, I, 78. Contra: Trib. civ. Seine, 10 Mai 1886, Cl. 1887, 183.

(4) Cf. Niboyet, Manuel, 2^e éd. n° 600, p. 712-713.

s'engager sans l'autorisation de l'abbaye des Boulangers de Berne, autorité tutélaire de sa bourgeoisie ; finalement, les opérations se soldaient par un compte débiteur de soixante douze mille francs. Poursuivie devant le Tribunal de Commerce de la Seine, elle argua de la nullité des opérations, et le Tribunal, appliquant la loi bernoise, fit droit à sa demande, et ordonna la restitution des titres déposés à la banque, moyennant le versement à celle-ci du montant des versements qu'elle avait faits à Madame de Graffenried. Sur appel, la Cour de Paris accueillit le raisonnement de l'établissement créiteur ainsi lésé, qui invoquait le principe d'équité que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui : or la somme contestée avait servi à éteindre une dette : la Cour, tout en annulant les opérations, condamna la femme à payer soixante douze mille francs.

La Chambre Civile, saisie d'un pourvoi, le rejeta, motif pris que la décision attaquée, « bien loin d'être contradictoire, n'est au contraire que l'application des dispositions de lois relatives aux engagements contractés par des incapables, combinés avec le principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, et qui trouve sa sanction dans divers articles du Code Civil, notamment dans l'article 1312... », et, d'autre part, « que cette règle d'équité, qui ne concerne ni l'état ni la capacité des personnes, ne saurait intéresser le statut personnel ».

La même idée reparaît dans le jugement rendu par le Tribunal de la Seine entre le couturier Docuillet et Mrs. Betts-Brown (1) : il serait inadmissible que les engagements fussent annulés, parce que la femme en a certainement tiré profit : ce serait, dit le Tribunal, violer le principe d'équité qui veut que nul ne puisse s'enrichir aux dépens d'autrui. Mais, ici, si l'engagement est validé, on se souvient que c'est pour d'autres motifs ; notons seulement que l'idée d'enrichissement injuste reste présente à l'esprit des juges.

(1) Trib. civ. Seine, 5^e Ch., 23 Février 1927, Rev. de D. I. P. 1927, Rev. de D. I. P. 1927, 263 ; ci-dessus, Chapitre II, p. 220.

On pourrait, semble-t-il, étendre ce raisonnement à toutes les hypothèses d'enrichissement injuste, qui, comme la gestion d'affaires, ne supposent pas d'engagements contractuels préalables ; toutes les fois que le tiers lésé pourra faire la preuve d'un profit, la femme sera condamnée au montant de son enrichissement : c'est la conséquence directe de l'article 1312. Dans cette conception, l'engagement contractuel serait annulé, et la femme sera condamnée à la restitution, non pas *ex contractu*, mais *quasi ex contractu* : c'est la solution de l'arrêt de Graffenried. On justifierait ainsi l'application de la loi française aux opérations dans lesquelles on ne peut relever aucune responsabilité délictuelle, et qui supposent d'autre part la mise hors de cause du mari : le cas ne sera pas fréquent, mais le moyen conserve néanmoins son utilité : tout engagement irrégulier n'est pas constitutif d'un délit ou d'un quasi délit, et le mandat tacite a certaines limites (1). L'action née de l'enrichissement injuste, chaque fois qu'aucun de ces deux moyens différents ne peut jouer, conserve son caractère subsidiaire (2).

Comment justifier, théoriquement, l'application de la loi française ? L'explication est très simple : elle est la même que celle qui convient pour la responsabilité délictuelle : la réalisation de l'enrichissement injuste crée un désordre et un trouble dans la sécurité des relations sociales, qui commandent l'intervention de la loi qui leur garantit cette sécurité : cette loi ne peut être que la loi locale, en France, la loi française, dont la compétence normale est fondée sur le principe de l'article 3 alinéa 1^{er}. Quant à préciser cette loi, on peut hésiter entre deux notions un peu différentes : celle du lieu où s'est manifesté cet enrichisse-

(1) V. ci-dessous, section III.

(2) V. Planiol et Ripert, t. II, par Rouast, n° 397, p. 321 : en effet, l'enrichissement de la femme, a, dans les rapports entre époux, une cause juste : l'article 214, aux termes duquel le mari est tenu de lui fournir « tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. »

ment (1), ou celle du lieu où se trouvent les biens à l'occasion desquels il s'est produit (2). Pratiquement, au regard de la loi française, s'agissant d'un acte dommageable qui s'est produit en France, la différence serait assez peu sensible. Néanmoins l'idée d'altération injuste d'un patrimoine au profit d'un autre conduirait à préférer la seconde conception (3).

Dans ces limites, l'application de la loi française apparaît donc comme dégagée de tout arbitraire, et la notion d'ordre public international devient inutile, réserve faite du cas où la loi étrangère, par hypothèse compétente, n'assurerait pas de sanction, ou n'en assurerait qu'une insuffisante. Pas plus que pour la responsabilité délictuelle, d'ailleurs, la question ne s'est posée dans la pratique.

Les deux notions de responsabilité délictuelle et d'enrichissement injuste nous apparaissent ainsi, sur le plan du conflit des lois, comme fondant suffisamment la compétence de la loi française, lorsque les tiers ont trouvé en face d'eux une femme mariée prise en sa seule qualité d'incapable. Le cas s'est présenté parfois, il se présentera encore, sans aucun doute. Mais, derrière la femme, le plus souvent, n'est-il pas possible d'atteindre son mari, qui, généralement, concentre entre ses mains la fortune du ménage ? C'est à cette question que répond l'application de la théorie du mandat domestique. Mais il faut tout de suite observer que si, jusqu'à présent, il est relativement facile de justifier l'intervention de la loi française, il est peut-être moins aisé de l'admettre, du moins en se fondant sur la règle de l'article 3 alinéa 1^{er}.

(1) Lerebours-Pigeonnière, Précis, n° 373.

(2) Bartin, Principes, § 75, t. I, p. 187.

(3) Bartin, sous Aubry et Rau, § 578, note 9, t. IX, p. 357.

SECTION III

LE MANDAT DOMESTIQUE

Une femme étrangère, en vertu du rôle naturel qui lui incombe dans toutes les sociétés, contracte en France des engagements, pour les besoins courants du ménage, ou bien elle se livre à certaines dépenses chez des fournisseurs, couturiers ou autres. Mais les factures présentées restent impayées, et le commerçant français, s'adressant à la femme, ne trouve qu'une débitrice insolvable. Tout naturellement, il se retourne alors contre le mari, mais celui-ci lui oppose que, d'après la loi qui régit la capacité de sa femme, celle-ci peut s'engager librement, même si elle n'a aucune fortune personnelle. A plus forte raison si la femme est frappée d'incapacité, la situation des créanciers français ne sera pas meilleure : sans doute, la responsabilité de la femme sera engagée si elle a agi frauduleusement, ou bien elle aura à répondre de son enrichissement. Mais le cas ne sera pas fréquent, et d'ailleurs, nous l'avons vu, dans les rapports entre époux, l'enrichissement de la femme a une cause juste : l'article 214 (1). Alors, le créancier français assigne les époux devant les Tribunaux.

Comment ceux-ci vont-ils accueillir cette demande ? En principe, la question, rentrant dans les effets du mariage, devrait être résolue par l'application du statut personnel des époux. Cependant on peut hésiter sur le caractère de l'institution, et y voir, dans une certaine mesure, une règle de fonctionnement du régime matrimonial. La jurisprudence a parfois consacré ces solutions, mais, le plus souvent, elle applique tout simplement la théorie française du mandat domestique. Nous allons étudier ces deux catégories de décisions dans deux paragraphes différents.

(1) V. ci-dessus, section II, p. 249.

§ 1. *L'application de la loi étrangère.*

On ne relève que quelques décisions qui aient plus ou moins nettement écarté l'application de la théorie française du mandat tacite, s'agissant d'engagements contractés par des femmes étrangères, dans des conditions qui auraient pu à la rigueur y conduire, ou malgré la demande des créanciers français.

Ainsi le Tribunal de la Seine (1), s'agissant d'un emprunt contracté par une femme anglaise, contre un nantissement de dentelles formant une collection de grande valeur, annule l'opération, sur la demande du mari qui réclamait la collection comme étant sa propriété personnelle. Il écarte de même la responsabilité du mari, invoquée par le créancier, en déclarant « qu'en vertu de la loi anglaise du 18 Août 1882, le mari n'est responsable que du strict entretien de sa femme, et non d'emprunts considérables contractés par cette dernière ». D'ailleurs le mari avait révoqué son mandat, par insertion, et la femme touchait une pension de vingt mille francs par an.

Cette décision paraît appliquer la loi anglaise, mais, en fait, on peut se demander si la théorie française aurait permis de mettre de telles opérations à la charge du mari : sous la loi anglaise, c'est la loi française qui reparait.

Un autre jugement du Tribunal de la Seine (2) applique la théorie à des époux anglais, en vertu de l'article 214, mais il ajoute que cette théorie, qui était admise par la législation anglaise, avant la loi de 1882, paraît n'avoir pas été modifiée par cette loi. En conséquence, le mari sera seul tenu, mais il pourra exercer un recours en garantie des deux tiers contre sa femme, aisée, alors qu'il n'a qu'une position modeste. En fait, d'ailleurs, la loi anglaise

(1) Trib. civ. Seine, 21 Décembre 1895, Cl. 1896, 1032, Abdy contre Pecquignot.

(2) Trib. civ. Seine, 23 Juillet 1897, Le Droit des 6-7 Décembre 1897. Laval contre Spiers.

est invoquée, mais le Tribunal l'interprète d'après les principes du droit français.

Un peu plus tard, la Cour de Paris rendait trois arrêts du même jour (1), qui appliquent bien la théorie du mandat tacite, mais déclarant que la responsabilité du mari dérive « de l'obligation que toutes les législations lui imposent de pourvoir à l'entretien de sa femme et de ses enfants, et qu'il n'apparaît pas que la nouvelle législation anglaise, (loi du 5 Décembre 1893, complétant celle du 18 Août 1882), ait porté atteinte à ce principe du droit des gens ». La formule est assez vague, mais néanmoins la théorie française n'apparaît pas : en fait, d'ailleurs, l'application de la loi anglaise conduisait à des résultats satisfaisants, ce qui permet de croire, qu'au cas contraire, la Cour aurait purement et simplement appliqué la théorie.

Au contraire, quelques semaines plus tard, elle se prononçait beaucoup plus nettement, en faveur de l'application de la loi étrangère, en infirmant partiellement un jugement du Tribunal de la Seine (2) qui avait condamné un mari italien à régler les sommes dues par sa femme à un couturier parisien, en vertu du mandat tacite. « Considérant, dit la Cour, que la dame Trezza est italienne et que dat tacite à un époux anglais, mais parce que la responsabilité mariage n'a pas été précédé d'un contrat ; qu'aux termes du droit italien, son union est en ce cas régie par le régime de la séparation de biens, qu'en conséquence, elle est responsable vis à vis de ses créanciers de toutes ses dettes personnelles, que les premiers juges auraient donc dû la condamner à l'intégralité des sommes réclamées... », le mari ne peut être tenu en vertu de l'idée de mandat tacite. C'était écarter expressément la théorie, mais le résultat n'est pas celui qu'on pourrait attendre, car « s'il ne doit pas être regardé comme ayant donné mandat tacite à sa

(1) Paris, 17 Juin 1899, Cl. 1900, 138, D. P. 1900; 2, 105, époux Digley (ou Digby) contre Redfern ; contre Favre ; contre Garnier.

(2) Trib. civ. Seine, 6 Juillet 1898, Paris 30 Novembre 1899, Cl. 1900, 786, D. P. 1900. 2. 105, Worth contre Trezza di Musella.

femme pour les dépenses dont il s'agit, il n'en a pas moins profité, sa femme étant vêtue conformément à sa situation sociale, et en est débiteur en vertu de l'action *de in rem verso*... » D'ailleurs, comme il est très fortuné et que sa femme ne possède rien, « d'après le droit civil italien lui-même, chacun des époux, même en cas de séparation de biens, doit concourir aux charges du ménage ». En conséquence, les deux époux sont condamnés conjointement et solidairement.

On peut donc dire que cet arrêt marque plus qu'une hésitation (1) dans l'application de la théorie du mandat tacite aux époux étrangers. Elle paraît consacrer l'application de la loi qui gouverne le régime matrimonial (2), et cependant on ne peut dire qu'elle soit absolument nette : à quoi bon écarter la théorie du mandat tacite pour appliquer l'idée de *versio in rem*, ce qui nous ramène à la loi française ? Pour obtenir une condamnation contre les deux époux ? Sans doute, mais à quoi bon condamner la femme, puisque la Cour constate elle-même que cette dernière ne possède rien ? En effet, la théorie du mandat tacite ne permet pas de condamner la femme (3), mais encore faut-il que celle-ci possède des biens personnels, si l'on écarte la théorie.

Quant à appliquer la loi du régime matrimonial, c'est une solution très soutenable, mais qui perd de vue le caractère évidemment impératif du mandat tacite : dès lors, il paraît impossible, dans l'ordre du conflit des lois, de le rattacher à la loi du régime, loi présomptivement ou expressément choisie par les époux. C'est donc à la loi personnelle, en tant que loi qui gouverne les effets du mariage, qu'il faudrait soumettre la question (4).

(1) C'est l'expression de M. Batiffol, op. cit., p. 293.

(2) Bartin, sous Aubry et Rau, § 509, note 58 nonies, t. VIII, p. 127.

(3) V. ci-dessus, Introduction, p. 10.

(4) M. Bartin, op. et loc. cit., se prononçait autrefois pour l'application de la loi du régime. Il applique aujourd'hui la loi personnelle : Principes, § 300, t. II, p. 242. V. aussi en ce sens Houot, op. cit., p. 91.

Une décision récente d'un Tribunal de Paix (1) à encore écarté, semble-t-il, la théorie française, mais sans décider bien nettement entre la loi personnelle et le régime matrimonial, s'agissant d'une poursuite contre le mari d'une femme russe qui avait engagé certaines dépenses vestimentaires : le mari est mis hors de cause, « parce que les époux ont conservé la nationalité russe, et que la législation russe, aussi bien l'ancienne que l'actuelle, ne crée aucune communauté de biens entre époux ». D'ailleurs, « c'était la femme qui avait profité seule des fournitures, et il ne s'agissait pas d'une dépense faite pour les besoins du ménage ». On peut cependant en douter, puisqu'il s'agissait d'un manteau de prix assez modéré, de sorte que la décision paraît assez mal rendue : implicitement, d'ailleurs, elle laisse supposer que s'il s'était agi d'une dépense de ce genre, il y aurait eu mandat tacite.

En somme, ces quelques décisions, restées isolées, sont assez faiblement motivées : les unes écartent le mandat tacite, mais condamnent le mari, les autres semblent estimer que les dispositions de la loi étrangère conduisent à des résultats suffisants pour qu'on les respecte.

On reste donc sur l'impression que la loi étrangère intervient à titre précaire, et que son application est instable. Comment peut-on justifier cette tendance ? L'étude des décisions, beaucoup plus nombreuses, qui appliquent la loi française, va peut-être nous permettre de résoudre la question.

§ 2. *L'application de la théorie française*

On trouve quelques arrêts anciens qui décident que la femme étrangère résidant seule en France n'a pas besoin d'autorisation maritale pour s'engager à raison des dépenses courantes, telles que la prise à bail d'un logement (1),

(1) Tribunal de Paix du VII^e arrt., 10 Février 1928, Cl. 1929, 428, Rev. de D. I. P. 1929, 513.

(2) Cour de Bruxelles (française), 23 Février 1808, S. 1810, 2, 489.

ou l'achat d'objets nécessaires à sa subsistance (1), mais ces décisions n'appliquent pas en réalité la théorie du mandat tacite, puisqu'elles ne déclarent pas le mari obligé. Il n'y a qu'une certaine analogie, par conséquent, tenant au caractère des engagements contractés. Cependant, l'esprit même de la théorie se retrouve dans un arrêt postérieur de la Cour de Paris (2), qui valide, lui aussi, le contrat de bail passé par une femme étrangère résidant en France, du moins dans les limites où cette obligation « correspond à des besoins raisonnables, estimés d'après le rang et la position des époux », mais la question de conflit des lois est complètement inaperçue (3).

C'est dans les dernières années du XIX^e Siècle, que les Tribunaux vont avoir à la résoudre, à de fréquentes reprises. A Paris, en particulier, de nombreux époux russes ou anglais mènent une existence fastueuse, excédant même parfois, malgré leur rang et leur fortune, leurs possibilités. Les grands couturiers parisiens connaissent alors une vogue qu'ils exploitent avec habileté, et non sans imprudence, en ouvrant à leurs clientes des crédits considérables, se fiant à leur train de vie : le plus souvent, ils n'ont qu'à s'en féliciter, mais parfois aussi, ils doivent s'adresser à la justice, et les tribunaux leur donnent presque invariablement raison, en condamnant le mari par application de la théorie du mandat tacite, tout comme s'il s'agissait d'époux français. Mais, quelquefois aussi, toujours en conséquence de la théorie, qui limite les engagements de la femme aux dépenses normales, ils mettent le mari hors de cause.

Ainsi, le Tribunal de la Seine (4), tout en constatant que la théorie existe « dans toutes les législations », refuse de l'appliquer à des achats de robes et de lingerie effec-

(1) Bruxelles, 25 Août 1810, S. 1811, 2, 207.

(2) Paris, 9 Juin 1857, S. 1857, 2, 755.

(3) Batiffol, op. cit., p. 289.

(4) Trib. civ. Seine, 30 Mars 1893, CL 1893, 868, Worth contre les époux Rimsky-Korsakoff.

tués par une femme de la noblesse russe, parce que le mari ne peut être tenu que de certaines dettes contractées par la femme, et seulement si elles l'ont été pour les besoins du ménage ; or, quelque luxueuse qu'ait été la vie des époux, on ne peut, dit le Tribunal, reconnaître ce caractère à des fournitures atteignant une vingtaine de mille francs. La femme fut d'ailleurs mise également hors de cause, le Tribunal ayant admis que le demandeur avait accepté une novation par changement de débiteur. Sur appel, la Cour de Paris (1), tout en infirmant sur ce dernier point, reproduit également l'idée que toutes les législations reconnaissent le mandat tacite, mais elle refuse de l'appliquer, le mari ayant ignoré les dépenses, qui présentaient d'ailleurs un caractère excessif, et ne pouvaient, comme telles, être considérées comme rentrant dans les besoins habituels du ménage.

A propos des mêmes époux, le Tribunal avait rendu à la même époque (2) un jugement écartant aussi l'application de la théorie du mandat tacite, s'agissant de fournitures de vêtement se montant à près de quarante mille francs. Ce n'est donc pas par application du statut personnel de ces étrangers, c'est seulement parce que les engagements sont excessifs, que le Tribunal écarte la responsabilité du mari. Sans doute, la femme jouit de sa pleine capacité, mais la solution n'en est pas moins dangereuse : devant ces sommes, considérables pour l'époque, et en égard à la nature des achats qu'elles représentent, la condamnation du mari n'apparaît-elle pas comme plus nécessaire encore ? Certes, la vie de ces grands seigneurs n'avait aucune ressemblance avec celle d'un couple ordinaire, mais il est difficile d'admettre que, quelle que soit leur indépendance, ils restent étrangers l'un à l'autre au point que le mari ignore de telles dépenses.

(1) Paris, 21 Novembre 1894, Cl. 1895, 622.

(2) Trib. civ. Seine, 18 Avril 1893, Cl. 1893, 1169, Morin et Blossier contre les mêmes.

Un peu plus tard, trois autres décisions du Tribunal de la Seine (1); rendues contre des époux anglais, appliquent la théorie, mais limitent la condamnation du mari, les deux époux étant tenus solidairement jusqu'à concurrence d'une certaine somme, et la femme restant seule tenue pour le surplus, combinaison assez heureuse entre la théorie française et les dispositions de la loi anglaise. Ces limites du mandat s'apprécient, tout naturellement, « suivant les ressources des époux telles qu'elles apparaissent d'après leur rang social et le train ordinaire de leur maison, spécialement le nombre de leurs domestiques » ; le Tribunal se fie donc aux apparences et il a raison : c'est ce que sont bien obligés de faire les fournisseurs.

On trouve une autre combinaison dans un jugement du même Tribunal, rendu encore contre des époux anglais (2) : le mandat tacite existe bien, mais si la femme est capable, il faut qu'elle en fasse la preuve : le mari qui reconnaît être obligé sera donc tenu mais non solidairement. En vertu des règles françaises, le mandat ne peut s'appliquer à un emprunt contracté par une femme mariée italienne dans le but manifeste de se livrer au jeu : c'est ce que décide le Tribunal de Nice (3). Sur appel, la Cour d'Aix (4), écarte également le mandat, le demandeur ne pouvant pas prouver que le mari était au courant des emprunts, qui avaient été contractés sous un faux nom, et certains déjà remboursés, le tout en secret, et sans que jamais le mari fût intervenu. D'autre part, il ne s'agissait pas de dépenses correspondant aux besoins légitimes du

(1) Trib. civ. Seine, 14 Novembre 1896, Cl. 1897, 537, Favre contre Digby (ou Digley); 5 Janvier 1897, Cl. 1897, 539, Redfern contre Digby; 2 Juillet 1897, Cl. 1898, 363, Garnier contre Digby, confirmées par la Cour de Paris, 17 juin 1900, précités.

(2) Trib. civ. Seine, 3 Août 1897, le Droit des 6-7 Décembre 1897, Leroy contre Spiers.

(3) Trib. civ. Nice, 20 Mars 1899, Cl. 1899, 1010, Hominal contre Trezza di Musella.

(4) Aix, 15 Juin 1900, Cl. 1902, 380. Cf. ci-dessus, Section I, p. 237-238.

ménage ni aux nécessités de leur rang. Mais, le mandat tacite, lorsqu'il s'agit de dépenses en rapport avec la situation des époux, ne peut cesser que si le mari prévient le fournisseur, en l'espèce un couturier: de plus, si la femme possède sa pleine capacité, les deux époux seront condamnés conjointement, la facture pouvant d'ailleurs être réduite : c'est l'application pure et simple de la théorie française, sans l'ombre d'une justification (1).

Si le mari, resté à l'étranger, a laissé à sa femme une complète indépendance, il y a lieu de considérer qu'en lui permettant de venir en France, il est censé l'avoir investie des pouvoirs et autorisations nécessaires pour subvenir à ses besoins, en sorte que la femme a eu, non seulement le pouvoir de s'obliger elle-même, mais aussi celui d'agir au nom et comme mandataire de son mari : ayant fait acte de commerce, elle a donc pu obliger son mari : c'est ce qu'admet le Tribunal de la Seine (2), à propos d'une saisie-exécution pratiquée contre une femme mariée russe : c'est l'application rigoureuse de la théorie française, d'après laquelle le mandat subsiste en cas de séparation de fait.

Toutefois, en l'absence de son mari, une femme argentine ne peut signer des traites concernant l'achat de bijoux, parce que de tels engagements ne sauraient être compris dans les pouvoirs d'administration reconnus à la femme pendant cette absence, quelque luxueux que soit le train de vie des époux : la Cour de Paris, et, sur pourvoi, la Chambre des Requêtes (3), se prononcent en ce sens : la théorie était donc consacrée, puisque le mandat n'était n'était écarté qu'en vertu des règles mêmes qu'elle pose.

Il en est de même lorsque le mari verse une pension

(1) Trib. civ. Seine, 16 Novembre 1901, Cl. 1902, 558, Paquin contre époux Pearson.

(2) Trib. civ. Seine, 15 Décembre 1900, Cl. 1901, 558, Durdilly contre de Péthion.

(3) Paris, 3 Février 1902, Cass. req. 30 Décembre 1902, S. 1903, 1. 260, Lazarus contre d'Alkine.

alimentaire de cinq mille francs par mois à sa femme ; ainsi jugé par le Tribunal de la Seine (1), s'agissant d'époux anglais, car si « dans l'esprit de la loi, la femme est considérée comme ayant reçu mandat de son mari pour les dépenses nécessaires et proportionnées aux ressources du ménage ; lorsque ces dépenses peuvent entrer dans la partie domestique ordinairement laissée à la direction de la femme, l'existence de ce mandat n'est toutefois reconnue que quand le mari a négligé de fournir à sa femme les choses ou les sommes nécessaires à une vie en rapport avec sa situation, et le train choisi par lui... » Le Tribunal n'éprouve donc pas le besoin de faire appel à la loi anglaise, car il suppose qu'elle aussi doit rejeter la théorie dans ce cas.

Mais, un peu plus tard, s'agissant de commandes passées par une femme mariée russe, le Tribunal de la Seine et la Cour de Paris (2), estiment que si le mari, en raison de son statut personnel, n'est pas tenu des dettes de sa femme, il en répond en vertu du mandat tacite, adopté par toutes les législations, lorsque ces dépenses, malgré leur importance, correspondent au besoin de luxe des deux époux. La Cour ajoute même que le mari ne peut refuser le paiement des dépenses qu'il a certainement connues et tacitement autorisées.

Néanmoins, certaines dépenses, quels que soient le rang et la fortune des époux, ne peuvent être raisonnablement couvertes par le mandat tacite, en particulier sous les régimes autres que celui de la communauté: c'est ce que décide le Tribunal de la Seine (3), s'agissant d'une facture de près de cent mille francs, réclamée par un couturier à un prince russe. Celui-ci était demeuré étranger aux com-

(1) Trib. civ. Seine, 9 Juin 1905, Cl. 1905, 1040, Rev. de D. I. P., 1907, 191, Doeuillet contre Eyrès.

(2) Trib. civ. Seine, 10 Avril 1907, Paris, 5 Novembre 1907, Cl. 1908, 478, Rev. de D. I. P., 1908, 632 Kotschoubey contre Beer.

(3) Trib. civ. Seine, 17 Juin 1908, Cl. 1909, 476, Beer contre Yourewsky.

mandes, et rien ne prouvait qu'elles aient reçu son approbation ou sa ratification même tacites: ce n'était plus des dépenses, mais des prodigalités, semblant même hors de proportion avec la fortune des époux, étant donné qu'elles n'étaient pas seules.

Tout en appliquant la loi française cette décision sacrifiait nettement l'intérêt des créanciers, et les mettait désormais dans l'obligation de s'informer de la fortune de leurs clients, tâche délicate en l'espèce. Aussi, la Cour de Paris (1) se prononça-t-elle en sens contraire : étant donné la vie à laquelle les époux étaient tenus, et le mari ayant connu, en fait, les dépenses, elle condamna solidairement les deux époux.

De même, le Tribunal (2), saisi d'une autre demande contre ces époux, décide que, sous tous les régimes, (on voit la différence avec l'autre espèce), le mari répond des dettes de sa femme, en vertu du mandat tacite « adopté par toutes les législations », lorsque les dépenses faites par la femme pour son usage personnel présentent un caractère utile et non voluptuaire, et, quelle que soit leur importance (plus de trente mille francs), ne sont pas excessives en égard à la fortune des époux et surtout à leur manière de vivre et à leur rang. On trouve même un argument de fait qui n'est pas sans valeur : si le mari veut dégager sa responsabilité, il n'a qu'à faire prévenir les fournisseurs.

De toute cette suite de décisions, se dégage une conclusion d'ensemble assez nette : c'est que les Tribunaux appliquent la théorie aux époux étrangers à peu près comme ils l'appliqueraient à des époux français.

Sans doute, les considérations pratiques justifient suffisamment cette solution : il faut protéger les intérêts très légitimes du commerce français, mais il n'est pas facile de dégager le principe théorique qui guide la jurisprudence. On retrouve dans certains motifs que la théorie est

(1) Paris, 24 Mai 1911, *Le Temps* du 26 Mai 1911, Cl. 1918, 958.

(2) Trib. civ. Seine, 13 Juillet 1911, *Rev. de D. I. P.* 1912, 385, Redfern contre Yourewsky.

admise par les législations, mais, dans ce cas, pourquoi ne pas appliquer tout simplement la loi étrangère ? C'est que, le plus souvent, elle est difficile à connaître, « il n'y a pas de texte formel, la jurisprudence — étrangère — est obscure ou indécise »... d'un fait connu, l'obligation qui incombe au mari d'entretenir le ménage, on tire une conséquence à un fait inconnu, le contenu de la loi étrangère : la preuve de la loi étrangère est donc une présomption de l'homme, au sens de l'article 1349 (1). Cette explication très subtile et très juste nous confirme dans l'idée que tout en appliquant la loi étrangère, le juge français raisonne avec les principes juridiques français ; c'est là un fait inévitable.

Mais il reste à savoir en vertu de quelle idée la jurisprudence emploie le procédé : considère-t-elle l'article 214 comme une disposition d'ordre public international, ou, a-t-elle seulement en vue d'assurer la sécurité de certaines transactions, au sens de l'article 3 alinéa 1^{er} ? Les considérations économiques se mêlent ici aux préceptes de la morale familiale, et on peut hésiter à prendre parti. Si l'on admet l'intervention de l'ordre public, il faut reconnaître alors qu'en principe, l'institution dépend de la loi étrangère : c'est bien la conception que nous avons vue parfois consacrée. Mais les conséquences de l'ordre public sont très graves : la territorialité étroite qu'implique la notion, l'exception qu'elle apporte au jeu des principes ne permettent peut-être pas d'aller aussi loin. D'ailleurs cette intervention de la loi française ne se comprend jamais que si les dispositions de la loi étrangère sont radicalement différentes des siennes. Or, ces dispositions, le juge ne s'en informe pas, sauf exception, et dans ce dernier cas, il les applique jusqu'à un certain point. Il serait assez paradoxal, par conséquent, de faire intervenir l'ordre public à propos d'une question sur laquelle la communauté internationale est le moins imparfaite. Il en est d'autant plus ainsi que les Tribunaux n'apportent aucun excès dans l'application

(1) Batiffol, *op. cit.* p. 297 s.

de la théorie : parfois, le mari est mis hors de cause, et le plus souvent, la femme est déclarée tenue solidairement avec lui, parce qu'elle est capable de s'engager. On a vu aussi proposer diverses combinaisons de la loi française avec le statut personnel des étrangers, le tout en considération de leur train de vie et de leur fortune.

Cette place faite ainsi à la loi étrangère exclut toute idée d'ordre public international, de sorte qu'il ne reste plus qu'à rattacher la jurisprudence au principe posé par l'article 3 alinéa 1^{er} : le mandat tacite est une disposition de police et de sûreté, qui obligent tous les habitants du territoire français (1). C'est une disposition concernant à la fois le bon ordre des relations entre époux, et la sécurité des transactions : elle doit donc se rattacher tout naturellement à la loi du lieu où s'exerce la vie juridique du ménage, la loi qui régit le milieu social dont les époux font partie, même provisoirement. Même en l'état actuel de notre système de conflits, je crois qu'on peut aller jusque-là.

Il faut d'ailleurs reconnaître qu'en réalité la distinction reste théorique : jusqu'à présent, que la loi française intervienne comme *lex fori* ou comme loi locale impérative, c'est toujours elle qui a été appliquée, la question ne s'étant jamais posée devant les tribunaux français pour des engagements contractés à l'étranger, directement ou à propos d'une instance en exequatur.

Mais l'application de la loi française en dehors de toute idée d'ordre public nous paraît respecter davantage des principes qu'il faut, autant que possible, s'efforcer de maintenir.

(1) M. Bartin, Principes, § 300, t. II, p. 242, explique ainsi la jurisprudence, mais il limite la solution aux engagements contractés par la femme pour son entretien personnel seulement. C'est là une réserve très difficile à définir dans les faits.

SECTION IV

LE DEVOIR D'OBÉISSANCE

Institutions assez vieilles, sinon archaïques, comme on le dit si souvent, la puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée ne nous apparaissent plus aujourd'hui comme des principes fondamentaux de l'organisation familiale, et l'on pourrait très bien concevoir un régime qui ignorerait complètement l'une et l'autre. C'est la tendance de toutes les législations modernes, et dans un avenir qui n'est pas éloigné, il en sera de même en France (1).

Sur le plan du conflit des lois, cette constatation devrait conduire à l'application de la loi personnelle, sans qu'il y ait jamais lieu de déroger à cette règle au nom de la morale ou de l'ordre public, et cependant, cette idée n'est qu'en partie exacte.

Sans doute, l'incapacité de la femme mariée n'est pas d'ordre public international en France, et les époux étrangers ne pourraient pas se prévaloir des dispositions du Code Civil, si leur loi personnelle accorde à la femme une capacité plus large (2), quoique il se soit trouvé une décision pour l'admettre. A vrai dire, c'est un arrêt de la Cour de Gand (3), mais la similitude des législations française et belge permet de lui attribuer quelque valeur. Néanmoins, il y a là une confusion facile à dissiper entre l'ordre public interne et l'ordre public international. La jurisprudence française ne l'a jamais commise (4).

(1) Cf. ci-dessus, Introduction, p. 10-11.

(2) Cf. Trib. comm. Seine, 30 Décembre 1896, Cl. 1897, 808, dame de Péthion; Paris, 17 Décembre 1883, Cl. 1884, 289, Guisti contre Aubert.

(3) Gand, 24 Décembre 1902, D. P. 1904, 2, 417, Friedmann. Cf. Stocquart, du conflit des lois en matière d'autorisation maritale, Cl. 1903, 977 s.

(4) V. en particulier le jugement du Tribunal de commerce de la Seine, *supra cit.*

Il semblerait, à première vue, qu'on doive se décider de même en ce qui concerne la puissance maritale: le lien qui existe entre les deux institutions est tel qu'on ne peut logiquement les séparer. Mais, le Tribunal de la Seine s'est décidé tout récemment, en sens contraire, dans une affaire qui a eu un certain retentissement (1).

L'espèce était d'ailleurs particulièrement intéressante. c'était la première fois que la jurisprudence avait à se prononcer sur le cas d'une femme française mariée à un étranger, mais restée française en vertu des dispositions de la loi de 1927 (2). Le Tribunal a esquivé le conflit, mais il est permis de penser que cette situation n'a pas été sans influence sur la solution qu'il a rendue.

Une actrice de « music-hall » avait épousé un richissime américain, et, malgré les promesses faites à son mari de renoncer à la scène, avait accepté, un an plus tard, de reprendre la place qu'elle occupait avant son mariage dans un établissement de ce genre. Son mari fit défense aux directeurs de « signer avec elle un engagement quelconque et de la laisser paraître sur la scène, comme de faire aucune publicité sur son nom ». Il n'en fut rien, bien au contraire, et l'engagement eut lieu, suivi d'une publicité tapageuse et de nombreuses représentations.

Le mari assigna alors les deux co-directeurs, en dommages et intérêts, pour avoir mis en échec son autorité maritale. De leur côté, ceux-ci se portèrent reconventionnellement demandeurs, à raison du préjudice causé. Quant à la femme, elle concluait à la non-recevabilité de la demande de son mari.

Le Tribunal examina d'abord la question de recevabilité: le mari pouvait-il introduire cette demande, alors que d'après les lois de son Etat — l'Illinois — la femme

(1) Trib. civ. Seine, 30 Avril 1930, Cl. 1930, 966, Rev. de D. I. P. 1930, 461, avec les conclusions de M. Brachet. Marris contre Jane Aubert et Dufreune et Varna (l'instance est actuellement pendante devant la Cour).

(2) Cf. ci-dessus, Première Partie, p. 52 s.

mariée possède pleine capacité ? Les défendeurs ne manquaient pas d'invoquer la doctrine et même la jurisprudence — on peut se demander laquelle — qui se prononcent pour l'application de la loi du mari, au cas de conflit entre les lois personnelles des deux époux. Ils prétendaient d'autre part que le mari ne pouvait se réclamer à l'encontre de sa femme des dispositions de la loi de 1927, qui a eu pour but de protéger la femme française et l'intérêt général français. De son côté, la femme soutenait que la question, se rattachant à la capacité de la femme mariée était régie par la loi nationale de son mari, et n'était pas d'ordre public international en France. Et même s'il s'agissait d'une question se rattachant à la puissance maritale, c'était à plus forte raison la loi du mari qui devait s'appliquer.

Mais le Tribunal vit très bien les termes de la difficulté et écarta cette argumentation : il ne s'agissait pas de capacité, aux termes de l'article 217, mais de puissance maritale, suivant l'article 213 : si les deux institutions sont étroitement liées, il n'y en a pas moins place pour deux actions distinctes ; or l'article 213, selon le Tribunal « est une de ces lois de police et de sûreté visées par l'article 3 alinéa 1^{er}, et par cette expression, il faut entendre tout ce qui, dans le domaine des droits privés, intéresse les mœurs, l'ordre général et la préservation sociale. En effet, la subordination de la femme est établie dans l'intérêt de la famille considérée comme membre essentiel de la société française ; dès lors l'article 213 revêt le caractère d'une mesure d'ordre public qui oblige toutes les femmes résidant en France, indépendamment de leur capacité... » car « il serait intolérable, en l'état actuel de la législation et des mœurs, qu'une femme mariée pût braver publiquement en France l'autorité de son mari, même sujet étranger ». Une telle attitude, si elle n'était réprimée, « serait de nature à porter une grave atteinte non seulement à l'autorité personnelle de M. Morris sur Madame Jane Aubert, mais encore à celle de tous les maris français ».

Le Tribunal laisse de côté la question de savoir si la capacité de la femme soulève un conflit quelconque, et il

écarte, au fond, l'argumentation des défendeurs qui prétendaient n'avoir commis aucune faute, ignorant le mariage, car « il appartient à tout contractant — surtout dans de telles conditions, peut-on ajouter — de s'assurer de l'état et de la capacité de la personne avec laquelle il traite ». D'ailleurs, l'acte du mari les avait avertis. Mais alors, disaient les défendeurs, il connaissait le passé de sa femme, il lui avait permis de conserver son nom, et de signer divers contrats, c'est donc qu'il l'avait autorisée à continuer l'exercice de sa profession. Le Tribunal répondit justement qu'aucune assimilation n'était possible entre la femme commerçante et l'actrice, qui n'exerce qu'une simple profession. D'ailleurs, le mari n'avait aucunement laissé sa femme exercer sa profession, au contraire, et il pouvait toujours lui refuser son autorisation pour l'avenir. Les défendeurs invoquaient encore la loi de 1907, mais le Tribunal l'écarta, en remarquant de plus qu'elle ne dérogeait nullement à la nécessité d'obtenir le consentement du mari. Ils avaient donc commis une faute lourde, en passant outre à la défense qui leur avait été signifiée, et en faisant une publicité inconvenante, « qui avait publiquement et quotidiennement bafoué et ridiculisé l'autorité du mari ».

Le Tribunal les condamnait donc à cinquante mille francs de dommages et intérêts, et leur faisait défense de laisser l'actrice paraître sur la scène de leur établissement, sous une astreinte de trois mille francs par jour, et les déboutait de leur demande reconventionnelle.

Quelle valeur convient-il d'attribuer à cette solution ? Il est certain tout d'abord, que le Tribunal a eu raison d'écarter la question de capacité : l'autorisation dont la femme a besoin pour exercer une profession n'est qu'une conséquence de l'article 213, nous l'avons vu, et elle est toute différente dans ce cas, de celle qu'exige l'article 217(1). Cependant, la question avait été discutée à ce point de vue par le Substitut qui proposait d'accepter le renvoi de la loi américaine à la *lex loci contractus*. De même, la femme

(1) V. ci-dessus, Introduction, p. 6.

avait fait plaider que le Parlement avait refusé de voter le projet appliquant la loi française dans les conditions que nous avons vues (1). Mauvaise raison, d'ailleurs, puisque le projet avait été rejeté pour des questions de forme. Quant au mari, il invoquait purement et simplement l'article 3 alinéa 13, et la loi de 1927. Il est certain que sur ce terrain, la solution devenait assez délicate : l'application de la loi française se retournait contre la femme, et le Tribunal semble heureux de n'avoir pas eu à se prononcer sur ce point.

Remarquons d'ailleurs que le Tribunal, même sur la question de puissance maritale aurait très bien pu se contenter de déclarer la loi française applicable, non pas en vertu du renvoi, mais de l'article 3 alinéa 3. Mais cela l'aurait entraîné à annuler l'engagement, et à faire découler de cette nullité le droit du mari. Or, il n'a pas voulu le faire. On le lui a reproché (2), mais on a soutenu aussi qu'il y avait eu nécessairement annulation (3). Aussi bien n'était-ce pas l'objet de la demande.

En tout cas, le Tribunal a écarté ce fondement d'application de la loi française, sans doute parce qu'il n'a pas osé s'en servir. Comment doit-on alors interpréter sa décision ? Certains auteurs estiment que la puissance maritale est d'ordre public (4), mais tout dépend de la conception qu'ils ont de l'idée d'ordre public. Or, ni les plaidoiries, ni les conclusions du Ministère Public, ni les termes du jugement ne permettent de savoir à quel titre le Tribunal a invoqué l'article 3 alinéa 1^{er} : les termes de lois de police et de sûreté y voisinent avec ceux de règles d'ordre public et personne ne paraît avoir aperçu la différence qui sépare les deux catégories de dispositions.

(1) V. ci-dessus, Première Partie, p. 55.

(2) V. les commentaires de M. Perroud au *Clunet* 1930, 884 s.

(3) V. l'article de M. Valéry au *Clunet* 1931, 58 s.

(4) Audinet, *Précis*, n° 555 ; Pillet, *Traité*, t. I., n° 276 ; Planiol et Ripert, *Traité*, t. II, par Rouast, n° 403, p. 325, *Contra*, Houot, *op. cit.*, n° 72, p. 75.

Néanmoins il semble bien que le Tribunal ait voulu faire appel à la notion d'ordre public international au sens où nous la comprenons, avec l'opposition irréductible qu'elle implique entre la loi étrangère et la loi française et toutes les conséquences qu'elle entraîne. C'est plus qu'une règle de morale familiale ou même sociale, c'est toute une conception radicalement française qui exclut, dans son principe, l'application de dispositions différentes : « notre société repose sur un certain nombre de principes et de convenances qu'il ne convient pas de laisser battre en brèche en vertu de lois étrangères qui n'assurent pas aux bases de la famille une protection suffisante » (1).

Une conception aussi absolue dans son principe suppose donc un degré de plus que la simple loi de police et de sûreté au sens où nous l'entendons, fondant une règle de compétence normale et universellement reconnue, au moins en théorie, et de fait que le Tribunal a invoqué l'article 3 alinéa 1^{er} n'est qu'une démonstration de son caractère ambigu, impliquant à la fois les deux idées.

Il reste à juger ce que vaut cette solution, tant au point de vue de la qualification française que de ses conséquences internationales.

La qualification française, tout d'abord, permet-elle d'aller aussi loin ? Il semble bien qu'on puisse répondre affirmativement : l'exercice d'une profession par la femme mariée, surtout dans de telles conditions, a des conséquences, non seulement pécuniaires — qui ne valent guère sous un régime séparatiste, comme c'était le cas — mais surtout morales, et mêmes sociales, qui excluent, à notre sens, l'absence de tout contrôle du mari : c'est si l'on veut, frapper la femme d'une incapacité supplémentaire, et encore plus grave peut-être que celle des articles 215 et suivants, mais il est impossible de ne pas aller jusque là, et même, si l'incapacité civile de la femme mariée devait être suppri-

(1) Niboyet, *Rev. crit.* 1931, p. 525 ; *Rep. de D. I.*, V^o ordre public, n^o 146.

mée, on devrait maintenir sur ce point le contrôle du mari (1).

Il est certain que le Tribunal a implicitement sanctionné cette conception, en voyant dans l'article 213 une disposition plus étroite que celle de l'article 217.

La solution apparaît alors comme rigoureusement territoriale, et il est très probable que les Tribunaux étrangers, si jamais ils étaient saisis d'une demande en exequatur, n'y consentiraient pas. En effet, il est impossible de ne pas remarquer le paradoxe auquel on aboutit : le mari américain a obtenu en France ce qu'il n'aurait pas pu obtenir dans son pays. C'est une objection certaine, mais qui ne nous retiendra pas : le caractère purement national des règles de conflit ne permet pas de s'y arrêter. Nous pensons seulement que si dans l'espèce, l'intervention de l'ordre public était suffisamment justifiée, il faut toutes les fois que c'est possible, résoudre les conflits par l'application des principes, et n'employer l'ordre public que comme un moyen extrême ; sans doute la jurisprudence tend à accroître avec excès (2) son rôle, mais il n'est pas défendu d'espérer qu'un jour ou l'autre, si elle adopte la conception qui nous paraît la seule admissible, elle finira par le ramener à sa juste mesure.

Vu, le Doyen :
BERTHÉLEMY.

Vu, le Président :
L. DE LA MORANDIÈRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris :
CHARLÉTY.

(1) Cf. Code Civil allemand, art. 1358 et Code Civil suisse, rat. 167 ; mais la loi italienne de 1919 a supprimé tout droit de regard du mari, comme le projet français. V. ci-dessus, Introduction, p. 6-14.

(2) V. les observations de M. Niboyet, Rev. Crit. 1931, p. 521.

CONCLUSION

L'étude qu'on vient de faire a déterminé le régime international d'une institution complexe, aux aspects multiples et variés, mettant en jeu les principes les plus différents.

Il nous reste à apprécier le système, tel qu'il se dégage de la jurisprudence et de la doctrine, et à essayer de voir dans quel sens son évolution semble devoir se produire.

Une première constatation, qu'on ne fait d'ailleurs que rappeler ici, c'est la liaison du Droit International Privé et du Droit Interne : elle existe à un double point de vue : tout d'abord, c'est l'analyse des institutions de droit civil qui fournit la solution, sur le plan du conflit des lois. En retour, d'ailleurs le Droit International Privé donne parfois des indications précieuses sur certains points encore incertains de la législation interne. Il en est ainsi, par exemple, pour la distinction capitale que nous avons faite entre l'incapacité et le régime matrimonial, ou encore, pour le système des biens réservés, et même le mandat domestique.

Dans cet esprit, on a pu dégager un système assez satisfaisant, et qui, pratiquement, se recommande par une grande souplesse. Il en est ainsi, en particulier, pour les solutions jurisprudentielles ; complétant et corrigeant les excès et les insuffisances d'un principe — celui de l'application de la loi nationale — on trouve un certain nombre d'idées dont la plupart nous ont paru juridiquement très fondées, et qui, pratiquement, respectent mieux les intérêts des tiers, sans sacrifier ceux de la femme, ou des époux.

Sans doute, peut-on adresser de nombreuses critiques à la jurisprudence : trop souvent, elle justifie insuffisamment ses solutions, ou même elle ne les justifie pas du tout. Nous l'avons vue aussi, parfois, écarter purement et simplement la question du conflit des lois ; l'exemple du mandat tacite est, à cet égard, tout à fait caractéristique.

Il en résulte que, dans certains cas, il est assez difficile de discerner les raisons juridiques d'application de la loi française. Mais la jurisprudence a ici plus que des excuses, elle peut faire valoir un certain nombre de justifications : la pauvreté des textes, l'incertitude des précédents, le manque de pratique, l'ignorance enfin d'une loi étrangère qu'elle devrait appliquer, mais qu'en toute logique, on ne peut lui demander de connaître. Cela entraîne évidemment de nombreuses infériorités dans l'application de cette loi dont la preuve doit être faite comme celle d'un fait, dont l'interprétation échappe au contrôle de la Cour Suprême.

Mais, en vérité, on ne saurait exiger du juge français une compétence universelle ; son rôle, c'est d'appliquer et d'interpréter la loi française, et il est amplement suffisant. Il faudrait peut-être en arriver — encore que la question ne se soit pas posée jusqu'à présent — à confier la solution des conflits à des Tribunaux spécialisés, ne serait-ce qu'à l'intérieur du cadre d'organisation de la justice civile. Ce n'est, d'ailleurs, qu'un problème d'adaptation ; ainsi, on a pu le remarquer, les juridictions qui ont eu à connaître très souvent des questions de conflits, sont vite parvenues à des solutions satisfaisantes : on pense ici, par exemple, à la Cour de Chambéry, qui a dû résoudre la plupart des nombreux problèmes qu'a posés la réunion de la Savoie à la France.

Sur d'autres points, toutefois, la jurisprudence paraît plus difficile à justifier : c'est le cas lorsqu'elle confond la question de jouissance des droits civils et celle du conflit des lois, comme jadis pour l'incapacité elle-même (1), comme encore aujourd'hui pour l'hypothèque légale (2). De même, elle établit parfois un lien beaucoup trop étroit entre la compétence et la loi applicable : il en est ainsi, en particulier, dans les cas où son intervention était sollicitée par

(1) V. ci-dessus, Première Partie, p. 40-41.

(2) V. ci-dessus, II^e Partie, p. 162.

la femme elle-même, comme par exemple, pour l'autorisation de justice (1).

Ces critiques, qu'on formule à propos d'une institution particulière, on pourrait les faire pour tout l'ensemble du système jurisprudentiel de conflits. Constatons, d'ailleurs, que sous l'influence de la doctrine, et par l'acquisition d'une expérience déjà longue, les Tribunaux discernent mieux aujourd'hui les termes du problème. On peut même escompter que dans un avenir qui n'est pas très lointain, ces confusions auront définitivement disparu.

Il serait pourtant vain de croire que la jurisprudence parviendra un jour à un système d'ensemble harmonieusement établi. En dehors des raisons qu'on en a données tout à l'heure, et qui, à la rigueur, peuvent perdre de leur force, il en subsistera toujours une, d'un ordre un peu différent, mais qui se tire également de l'observation des faits. La plupart du temps, en effet, le problème se pose devant les Tribunaux sous un aspect particulier, en ce sens que c'est la condition juridique d'une femme étrangère domiciliée ou résidant en France qui fait l'objet du litige. Sans doute, on a rencontré parfois l'hypothèse de femmes étrangères ou françaises à l'étranger, mais le système de la jurisprudence n'en reste pas moins partiel et incomplet. Il ne peut d'ailleurs en être autrement. Quoiqu'il en soit, sa généralisation paraît malaisée, et c'est pourquoi les solutions de la jurisprudence sont doublement unilatérales et nationalistes.

Cette position contraste avec celle de la doctrine, qui s'est toujours efforcée, dans l'ensemble, de respecter le caractère des règles de conflits, dont l'application doit être universelle, tout en reconnaissant qu'elles ne peuvent être fournies que par le droit français. Mais les tentatives de la doctrine apparaissent comme assez vaines, car la contradiction subsiste entre les moyens dont on dispose, en fait, et le but à atteindre. Ce n'est certainement pas, sur ce point, l'exemple de notre institution qui pourrait nous donner l'espoir de sortir du dilemme, puisque nous l'avons vu,

(1) V. ci-dessus, II^e Partie, p. 141 s.

l'accord n'a jamais pu se faire à la Haye, lors des tentatives faites pour établir des règles supra-nationales, avec l'illusion qu'elles correspondraient mieux au but du Droit International Privé (1).

On termine ainsi sur une note assez décevante, puisque, de quelque côté qu'on se tourne, il faut se résigner à cette contradiction. Mais, il paraît fort possible de s'en accommoder, à condition toutefois de résoudre une difficulté capitale : celle du fondement d'application des lois étrangères. Presque tout le monde, aujourd'hui, prétend avoir réussi, en repoussant la théorie de la courtoisie internationale. C'est, disons-le tout de suite, une question purement doctrinale, et la jurisprudence paraît assez peu s'en soucier (2). Mais, en restant sur le terrain des discussions théoriques, peut-on dire que la vieille « *comitas gentium* » a disparu ? Cela nous paraît difficile à admettre : la plupart du temps, en effet, on se contente de simples affirmations. Or, il ne suffit pas de dire : la loi étrangère s'applique pour des raisons de droit, et un système de conflits n'a de valeur que s'il repose sur l'idée de justice. A quoi bon, puisque les obligations de l'Etat ne comportent pas et ne peuvent comporter aucune sanction ? La proposition est donc indémontrée, et elle reste, pour le moment, indémontrable.

D'ailleurs, lorsqu'on vient parler d'ordre public, n'est-ce pas un retour déguisé à la courtoisie ? Il est à remarquer que le reproche s'adresse surtout à ceux qui ont étendu la compétence de la loi nationale, tout en rejetant la « *comitas gentium* ». C'est ainsi que Mancini lui-même écrivait : « c'est à bon droit que l'Etat refuse de reconnaître à l'étranger toute qualité ou faculté qui serait un besoin du droit public du pays où il reçoit l'hospitalité, et le contraint à observer tous les règlements et toutes les dispositions d'ordre public et de police » (3).

(1) V. ci-dessus, Première Partie, p. 49, p. 69.

(2) La théorie jurisprudentielle du renvoi n'est qu'une application de la courtoisie : V. ci-dessus, Première Partie, p. 111 s.

(3) Cl. 1874, p. 297.

La réserve est d'autant plus grave que cet ordre public est non seulement moral, mais aussi économique. La conception italienne n'a d'ailleurs jamais réussi à s'imposer en France sous cette forme : en effet, l'ordre public correspondrait ainsi, en dehors des dispositions auxquelles nous avons attribué ce caractère, aux lois de police et de sûreté, aux lois concernant le régime de la propriété.

Mais, n'est-ce pas la meilleure preuve que pour rejeter la courtoisie, il ne faut pas étendre exagérément la compétence de la loi nationale ? Le système français, tel qu'il a été exposé, à propos d'une institution spéciale, paraît beaucoup plus satisfaisant, malgré ses imperfections.

Si les conflits qu'on a rencontrés s'avèrent souvent délicats à résoudre, si la base d'application des lois étrangères n'est pas toujours solide, nous estimons que néanmoins les progrès accomplis sont très notables. Sans doute, on n'obtient pas toujours un ensemble harmonieux, mais enfin il en existe déjà certains éléments.

Cependant, la construction qui s'ébauchait ne paraît-elle pas devoir être arrêtée définitivement ? En effet, jusqu'à présent, les difficultés les plus graves ne se sont pas encore posées en pratique : on pense ici, surtout, aux conflits que fait naître la nationalité différente des époux dès le début du mariage. Sans doute, avons-nous tenté de les résoudre. Nous ne sommes pas sûrs d'y avoir réussi. La principale raison, il faut bien le reconnaître, c'est l'échec que reçoit la théorie des qualifications. Certes, cet échec est partiel, et on peut même soutenir que la théorie ne peut pas fournir de solutions satisfaisantes, parce que l'esprit du droit français est trop incertain : le double fondement contradictoire que nous avons assigné à l'incapacité de la femme mariée, puissance maritale, d'une part, protection de la femme, d'autre part, autorise toutes les solutions. Mais, il n'en reste pas moins qu'en rattachant l'incapacité aux effets personnels du mariage, on devrait admettre, semble-t-il, que la loi du mari, pris en sa qualité de chef du ménage, conserve sa compétence. Or cette qualification n'est pas plus respectée, puisque la jurisprudence a fait

prévaloir la loi de la femme dans l'ordre des conflits mobiliers, du moins pour le divorce et la séparation de corps. Quelle que soit la force des critiques qu'on peut lui adresser, il paraît vain de vouloir lui faire abandonner sa position. Bien plus, nous l'avons vu, la législation future consacrera ce système, en l'étendant au conflit immobile (1).

On pourrait se féliciter de cet échec, s'il devait entraîner un progrès vers l'unification des règles de conflits. Mais, les solutions qu'il entraîne sont bien plus rigoureusement unilatérales que jamais, et elles n'ont même plus l'avantage de s'appuyer sur un fondement juridique. De toute évidence, il faut essayer de limiter les conséquences de cette opposition entre les règles nouvelles et la théorie des qualifications, sous peine de revenir à l'arbitraire le plus complet. Cela paraît possible, précisément parce que la théorie n'a reçu un échec que sous l'influence de certaines idées politiques, qui nous paraissent inconciliables, dans le système actuel, avec l'esprit et le but du Droit International Privé. Le principe de la loi nationale perd ainsi tous ses avantages de fixité et de certitude, et s'avère incapable de résoudre tous les conflits, puisque, à côté du ménage à nationalités différentes, nous avons vu apparaître la double nationalité, l'apatridie, hypothèses exceptionnelles, sans doute, en théorie, mais d'une certaine importance pratique.

Dans un ordre d'idées un peu différent, que faut-il penser de la soumission des actes passés par l'incapable à la *lex loci contractus*, comme le prévoit la législation projetée ? (2) C'est un nouvel échec, sinon de la qualification, du moins du principe d'application de la loi nationale. Sans doute, pour l'incapacité de la femme mariée, son importance est secondaire, mais il faut prévoir le moment où notre législation interne accordera à la femme mariée sa pleine capacité, ce qui donnerait une extension considérable à la règle prévue.

(1) V. ci-dessus, Première Partie, p. 61.

(2) V. ci-dessus, Première Partie, p. 60.

L'application de la loi nationale aux effets personnels du mariage, ou même aux dispositions d'état et de capacité, ne répond plus, par conséquent, aux nécessités actuelles. Plus spécialement, pour la condition juridique de la femme mariée, il paraît impossible de s'en contenter : à des circonstances nouvelles, doivent correspondre des solutions nouvelles.

Cette solution, on peut, croyons-nous, la trouver dans l'application de la loi du domicile, comme loi personnelle. C'est là un problème très vaste, qu'on peut concevoir de plusieurs façons.

On peut tout d'abord proposer cette substitution d'une manière très générale, pour l'état et la capacité (1). On peut encore distinguer l'état restant soumis à la loi nationale et la capacité régie par la loi du domicile (2). Nous ne pouvons, dans cette étude, aborder le problème sous un aspect aussi général. Aussi bien, pour la condition de la femme, ou même pour les effets personnels du mariage, la question se pose différemment : la seule loi à laquelle on puisse songer, c'est la loi du domicile matrimonial (3), qui s'impose, semble-t-il, avec encore plus de force que la loi du domicile en général, comme loi personnelle.

En effet, la principale raison qui nous incite à soumettre les rapports personnels des époux à la loi du domicile, c'est l'impossibilité où l'on se trouve de résoudre le conflit des lois personnelles, en faisant appel à la qualification française : nous nous plaçons donc, avant tout, sur le terrain juridique, ou, plus précisément, des intérêts privés. Puisqu'il est indispensable que les rapports des époux soient soumis à une loi unique, nous écartons l'ap-

(1) V. Cassin, la nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois, cours professé à la Haye, recueil des cours de l'Académie de Droit International, 1930, IV, p. 659 à 809, et tirage à part, Sirey, 1931.

(2) Rép^{re} de D. I., V^o capacité, n^{os} 50, 53.

(3) V. Champcommunal, le ménage à nationalités différentes, Rev. de D. I. P. 1929, p. 1 s.

plication cumulative de leurs lois personnelles, et nous nous inclinons devant les considérations qui ont fait écarter l'application de la loi du mari. Le rôle sans cesse grandissant de la femme, la tendance générale des législations à la placer sur un pied d'égalité avec son mari, la reconnaissance d'une union conjugale, représentée par chacun des époux dans la sphère de ses attributions, concordent d'ailleurs avec cette solution. Sans doute, anticipons-nous un peu, mais nous cherchons à dégager une tendance, et, dans cet esprit, la conception que nous défendons nous paraît des plus fondées. En particulier, l'activité juridique et économique de la femme, qui concerne surtout la vie du ménage, tant par son objet que par ses conséquences, semble tout naturellement devoir être soumise à la loi du lieu, où, en principe, le ménage est établi.

Pour préciser notre pensée, la compétence de la loi du domicile matrimonial se présente comme une solution essentiellement conciliatrice : elle supprime le conflit des lois personnelles, elle efface l'échec de la qualification française, mais surtout, elle a l'avantage de conserver aux règles de conflits leur caractère et leur but, qui est la satisfaction des intérêts privés (1), tout en respectant les nécessités politiques, sous l'influence desquelles le système a été faussé.

On peut naturellement adresser des objections nombreuses à la compétence de la loi du domicile en général, ou même de la loi du domicile matrimonial en particulier. Nous n'avons pas l'intention de les réfuter dans le détail, mais nous voulons faire ici quelques remarques.

Ainsi, lorsqu'on prétend que la loi nationale convient mieux à la satisfaction des intérêts privés, on émet une pure affirmation *a priori*, absolument indémontrable. Certes, l'influence de la race est incontestable, mais celle du milieu n'est pas moins grande, et, l'accoutumance est si forte que très vite, l'étranger prend les mœurs du pays où il s'est établi. Plus particulièrement, l'incapable n'a pas

(1) V. la préface du livre de M. Batiffol, par M. Julliot de la Morandière.

à souffrir de cette situation, car il sera beaucoup mieux protégé par la loi du domicile que par une loi nationale qui risque, dans les cas où elle est appliquée, d'être déformée complètement. Quant à la famille, il est bien évident que sous peine d'être isolée de son milieu, elle a tout intérêt, quelle que soit la force de ses traditions nationales, à être régie par la loi du milieu dans lequel elle vit. Il en est ainsi, à plus forte raison, lorsque les deux époux sont de nationalités différentes, dès le mariage.

L'intérêt des tiers, enfin, est indiscutablement mieux protégé, tout le monde le reconnaît, par l'application de la loi du domicile, qui coïncide beaucoup plus souvent, en fait, avec la *lex loci contractus*, que la loi nationale. Par là encore, on lève en partie la contradiction qui semble devoir s'introduire dans notre système de conflits, par suite de la soumission à la loi française des actes passés en France par un incapable étranger.

Sur ce terrain, par conséquent, la loi du domicile a nettement l'avantage, même au point de vue théorique, car nous ne sommes nullement arrêtés par l'objection qui voit dans l'application de la loi du domicile un retour à la territorialité et la courtoisie. Sans doute, elle marquerait une réaction territorialiste. Mais l'idée de territorialité n'est pas plus excessive que l'idée de nationalité, et la loi du domicile les concilie heureusement. Quant à la courtoisie, véritable obsession des auteurs qui se rattachent à l'école italienne, nous avons montré qu'elle existait encore dans le système de la loi nationale, et nous pensons au contraire que la loi du domicile donnerait très peu de prise à la critique, parce que sa compétence est juridiquement mieux fondée que celle de la loi nationale, d'où il suit qu'elle comporterait beaucoup moins d'exceptions.

On dit encore courageusement que le domicile ne saurait fournir le principe de compétence législative, en matière personnelle, parce que les lois qui régissent l'état et la capacité sont impératives, tandis que le domicile implique un élément volotaire. Il n'en va pas autrement de la nationalité, depuis qu'elle est devenue affaire de volonté indi-

viduelle. Au surplus, la situation n'est pas sans remède : on peut établir une présomption irréfragable de domicile, comme le prévoit, pour les cas douteux, la législation projetée (1).

D'ailleurs, ces arguments n'ont plus aucune force, lorsqu'il s'agit du domicile matrimonial : celui-ci est distinct du domicile propre de chaque époux : sans doute, il coïnciderait le plus souvent en fait avec celui du mari, mais il est quelque chose de plus : c'est le lieu où les futurs époux se fixent après le mariage et en conséquence du mariage.

On voit les avantages de la règle : coïncidence de la loi qui régit les rapports pécuniaires des époux, atténuation très sensible des conflits qui naissent entre la loi nationale et la loi locale ou la loi territoriale, disparition du renvoi, et des incertitudes qu'entraîne le principe de la loi nationale. Un tel système ne peut que gagner en probité juridique, et, en tous cas, il simplifie beaucoup les conflits.

Aucune solution n'est parfaite, cependant, et le principal inconvénient de la loi du domicile matrimonial, réside dans le problème qui se pose au cas d'un changement de domicile, non pas le changement survenu de la part d'un des époux, qui ne devrait entraîner aucune modification, mais celui qui proviendrait d'un déplacement commun et simultané des époux : les mêmes difficultés, nous l'avons vu, se présentent dans le système de la loi nationale (2). Il est naturellement très difficile de maintenir la compétence de la loi du domicile matrimonial, sous peine de réduire à néant les avantages qu'elle présente : c'est la loi du nouveau domicile conjugal qui s'appliquera, réserve faite des droits acquis aux tiers qui ont traité avec les époux tels qu'ils ont été fixés par le contrat de mariage ou le régime matrimonial, à moins qu'on n'admette une

(1) V. ci-dessus, Première Partie, p. 58.

(2) V. ci-dessus, Première Partie, 65 s.

transformation correspondante des rapports pécuniaires entre les époux (1).

Le système fonctionnerait ainsi de façon satisfaisante, et il nous paraît préférable à celui que consacre le projet qu'on a étudié précédemment, parce que son esprit est moins unilatéral, et pour tout dire, beaucoup moins politique. D'ailleurs, ses conséquences ne sont pas très différentes, à ce dernier point de vue, car, en fait, le domicile matrimonial des époux dont l'un est français, sera le plus souvent en France. S'il n'est pas en France, la femme prendra la nationalité de son mari étranger, à condition que la loi de ce dernier la lui accorde, hypothèse qui est la plus fréquente.

De plus, la formule générale, non moins précise, mais bien plus rationnelle, du système, permet d'espérer un progrès auquel ne se prête guère le projet en question. Sous peine de faire du Droit International Privé un instrument politique, il faut maintenir, dans une certaine mesure, l'application de la loi étrangère, sinon autant revenir tout de suite à la formule du projet de l'An VIII : « la loi oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire ; l'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède, et pour sa personne pendant sa résidence. » (2).

Quant à ces intérêts politiques, secondaires pour nous, du moins en ce qui concerne notre question, mais dont il est impossible de ne pas tenir compte, il est si évident qu'ils sont satisfaits que c'est en plaçant la discussion sur le terrain politique qu'on a d'abord défendu la compétence de la loi du domicile (3).

La France doit évidemment préparer l'assimilation des étrangers fixés sur son territoire en les soumettant à la loi

(1) C'est ce que fait le projet de la Société d'Etudes Législatives V. ci-dessus, Première Partie, p. 62.

(2) V. Lainé, l'art. 3 du Code Civil et le Droit Interna. Privé, Rev. de D. I. P., 1905, p. 33 s.

(3) Jordan, Rev. de D. I. P., 1922-1923, p. 680, 681; Niboyet, Manuel, 2^e édit. n° 587, p. 702, 704.

française, quant à leurs rapports de famille, tout le monde le reconnaît (1). En retour, sans doute, les français domiciliés à l'étranger, seraient soumis à la loi étrangère. La réserve est surtout d'ordre sentimental : les français expatriés sont peu nombreux, et, en fait, ils émigrent dans des pays qui, comme les Amériques, pratiquent le système de la loi du domicile. D'ailleurs, il faut choisir, et la France ne peut plus suivre un principe dont la réciprocité devient purement illusoire, mais, qui, en revanche, est une grave menace pour notre intégrité nationale. Tous les pays d'immigration ont choisi la loi du domicile, et les nécessités pratiques nous contraignent à en faire autant.

Quelle que soit la force de ces arguments, nous persistons à penser que si l'adoption de la loi du domicile matrimonial comme charte du ménage peut satisfaire les intérêts politiques, elle a surtout l'avantage de mieux correspondre au but de tout système de conflits, qui est la satisfaction des intérêts humains.

(1) Jordan, Niboyet, op. et loc. cit. ; J. de la Morandière, Préface précit. ; Lerebours-Pigeonnière, Précis, n° 256 ; Bartin, Principes, § 77, t. I, p. 192 ; Cassin, op. cit., p. 746.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux.

- ARMINJON. — *Précis de Droit International Privé*, 3 vol., Paris, 1925-1931.
- AUBRY et RAU. — *Cours de Droits Civil français*, 5^e édition, tome I à V, par MM. Falcimaigne et Gault, Paris 1897-1907 ; tomes VI à XII, par M. Bartin, 1920-1922.
- AUDINET. — *Principes Elémentaires de Droit International Privé*, 2^e édition, Paris 1906.
- BARTIN. — *Principes de Droit International Privé, selon la loi et la jurisprudence françaises*, tome I, Paris, 1930, tome II, 1932.
- BOUHIER. — *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, Chapitres XXI à XXXVI.
- BOULLENOIS. — *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes.*
id. *Traité de la Personnalité et de la Réalité des Lois, coutumes ou statuts*, 2 vol, in-f.
- DESPAGNET. — *Précis de Droit International Privé*, 5^e édition, par de Boeck, Paris, 1909.
- FROLAND. — *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, 2 vol. in-f.
- LAINÉ. — *Introduction au Droit International Privé*, 2 vol., Paris, 1888-1892.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — *Précis de Droit International Privé*, Paris, 1928.
- NIBOYET. — *Manuel de Droit International Privé*, 2^e édition, Paris 1928.
- PILLET. — *Traité Pratique de Droit International Privé*, 2 vol., Paris-Grenoble 1923-1924.

Répertoire de Droit International, publié sous la direction de MM. de Lapradelle et Niboyet, 10 volumes, Paris, 1929-1931.

ROLIN. — *Principes de Droit International Privé*, 3 vol., Paris, 1897.

SURVILLE et ARTHUYS. — *Cours Élémentaire de Droit International Privé*, 7^e édition, Paris, 1925.

VALÉRY. — *Manuel de Droit International Privé*, Montpelier, 1914.

de VAREILLES-SOMMIÈRES. — *La Synthèse du Droit International Privé*, 2 vol., Paris, 1897.

WEISS. — *Traité théorique et pratique de Droit International Privé*, 6 vol., 2^e édition, Paris, 1914.

II. Monographies et Thèses.

AUDINET. — *Les effets du mariage*, Recueil des cours de l'Académie de Droit International, 1926, I, p. 212 s.

BARTIN. — *Etudes de Droit International Privé*, Paris, 1899.
id. *La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1930, I, p. 561 s.

BATIFFOL. — *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, Thèse, Paris, 1929, avec une Préface de M. Julliot de la Morandière.

CALBAIRAC. — *La nationalité de la femme mariée*, Thèse, Toulouse, 1926, 2^e édition, Paris 1929.

CASSIN. — *La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1930, IV, p. 659 s.

CAUWÈS. — *Des rapports du mariage avec la nationalité*, Thèse, Paris, 1900.

CHÉRON. — *La femme mariée anglaise en Angleterre et en France*, Thèse, Paris, 1906.

- DONNEDIEU de VABRES. — *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois*, Thèse, Paris, 1905.
- GRUFFY. — *Le l'unité de nationalité dans la famille*, Thèse, Paris, 1893.
- GUILLOT. — *La condition de la femme mariée dans le domaine des intérêts pécuniaires en Droit Comparé et en Droit International Privé*, Thèse, Poitiers, 1912.
- HOUCOT. — *Conflit des lois relatives aux effets du mariage quant à la personne des époux*, Thèse, Nancy, 1888.
- LYON-CAEN. — *La femme mariée allemande, ses droits, ses intérêts pécuniaires*, Thèse, Paris, 1903.
- PIC. — *Du mariage en Droit International et en Droit Comparé*, Thèse, Lyon, 1885.
- RENEAUME. — *L'hypothèque légale de la femme étrangère en France et des garanties accordées par les législations étrangères aux femmes françaises*, Thèse, Rennes, 1906.
- VINDRY. — *L'apatridie*, Thèse, Aix, 1925.

III. Articles et Notes de Jurisprudence.

- AUDINET. — *Note au Sirey*, 1900, 2, 185.
- id. — *Note au Sirey*, 1928, 2, 121.
- id. — *Du conflit entre les lois personnelles des époux, lorsque la femme française ou étrangère, conserve sa nationalité primitive*, Clunet 1930, p. 319 s.
- BARTIN. — *Note au Dalloz*, 1898, 2, 457.
- BEAUCHET. — *Note au Sirey*, 1886, 4, 9.
- CHAMPCOMMUNAL. — *Le conflit des lois personnelles*, Revue de Droit International Privé, 1909, p. 536 s., 1910, p. 56 s.

- id. *La condition des russes à l'étranger, spécialement en France*, Revue de Droit International Privé, 1924, p. 321 s.
- id. *Un conflit de lois à l'ordre du jour : le ménage à nationalités différentes*, Revue de Droit International Privé, 1929, p. 15.
- CLARO. — *Note au Dalloz*, 1902, 1, 249.
- DELEHELLE. — *Le statut des réfugiés russes*, Revue de Droit International Privé, 1927, p. 238 s.
- DIÉNA. — *La capacité de la femme mariée d'après la nouvelle législation italienne, et les conflits éventuels*, Clunet 1920, p. 714 s.
- DREYFUS. — *La convention relative à la nationalité de la femme mariée conclue entre la France et la Belgique*, Clunet 1930, p. 1172 s.
- DUMONT. — *Le concours solidaire d'une femme étrangère à la vente d'un immeuble situé en France, comporte-t-il de plein droit renonciation à l'hypothèque légale ?* Nouvelle Revue Pratique de Droit International Privé, 1908, p. 361 s.
- FÉRAUD-GIRAUD. — *De la compétence des Tribunaux français pour connaître des contestations entre étrangers*, Clunet 1885, p. 225 s., p. 375 s.
- JORDAN. — *Quelques considérations sur les conditions de l'application aux étrangers de leurs lois nationales en matière d'état et de capacité et sur le système du renvoi*, Revue de Droit International Privé, 1922-1923, p. 672 s.
- JULLIOT de la MORANDIÈRE. — *La sixième conférence de la Haye et le Droit International Privé*, Clunet 1928, p. 281 s.
- LABBÉ. — *Note à la Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1886, p. 5 s.
- LAINÉ. — *L'article 3 du Code Civil et le Droit International Privé*, Revue de Droit International Privé, 1905, p. 33 s.

LEPAULLE. — *De la validité des trusts en France*, Revue de Droit International Privé, 1927, p. 309 s.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — *Observations sur la question du renvoi*, Clunet 1924, 877 s.

LION (Mlle Thérèse). — *Un anglais constitue un trust conformément à sa loi, sur des biens situés en France ; la loi française doit-elle en reconnaître la validité ?* Clunet 1923, p. 677 s.

MANCINI. — *De l'utilité de rendre obligatoires, pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit International Privé*, Clunet 1874, p. 221 s., p. 285 s.

MISSIR. — *La quatrième conférence de Droit International Privé de la Haye*, Revue de Droit International Privé 1906, p. 49 s.

NAQUET. — *Note au Sirey*, 1903, 1, 73.

NAST. — *Note à la Revue de Droit International Privé*, 1907, p. 257 s.

id. *Note au Clunet* 1925, p. 790.

NIBOYET. — *Conflits de lois et nationalité ; à propos du texte voté par la Chambre des Députés le 10 Avril 1924 : Une réforme assez inattendue de l'article 3 du Code Civil*, Revue de Droit International Privé 1924, p. 312 s.

id. *Note au Sirey* 1915, 1, 113.

id. *Note au Sirey* 1926, 2, 89.

id. *Note au Sirey* 1929, 2, 17.

id. *Note à la Revue de Droit International Privé*, 1929, 653.

id. *Rapport à la Société d'Etudes Législatives ; Bulletin de la Société* 1928, p. 319 s.

PERROUD. — *Note au Clunet* 1914, 944.

id. *Note au Clunet* 1926, 83.

- id. *Note au Clunet* 1932, 380.
- id. *Observations sur la question du renvoi*, *Clunet* 1925, p. 656 s.
- id. *De l'engagement théâtral d'une femme mariée française, contre le gré de son mari étranger*, *Clunet* 1930, p. 884 s.
- PILLET. — *Note au Sirey* 1893, 1, 369.
- PONTREMOLI. — *Le Public trustee et le Droit International Privé*, *Revue de Droit International Privé* 1913, p. 817 s.
- Projet de la Société d'Etudes Législatives*. — *Bulletin de la Société* 1928, p. 319-341, p. 344-375 ; 1930, p. 75 153, p. 161-170, p. 175-177.
- RENAULT. — *Note à la Revue Critique de Législation et de Jurisprudence* 1885, p. 582.
- ROLIN. — *De la détermination de la qualité de commerçant et de ses conséquences en Droit International Privé*, *Revue de Droit International Privé* 1906, p. 23 s., 1907, p. 495 s.
- STOCQUART. — *Du conflit de lois en matière d'autorisation maritale*, *Clunet* 1903, p. 380 s.
- SURVILLE. — *Note à la Revue Critique de Législation et de Jurisprudence* 1894, p. 263 s., 1896, p. 221 s.
- id. *Le conflit des lois personnelles*, *Clunet* 1912, p. 5 s.
- TAGER. — *Note au Clunet* 1931, p. 1122 s.
- TRACHTENBERG. — *La nationalité et le statut personnel des russes résidant en France*, *Revue de Droit International Privé*, 1928, p. 167 s., 1930, p. 61 s.
- TRAVERS. — *De la validité, au point de vue du droit français, des trusts créés par des étrangers sur des biens soumis à la loi française, ou par des français sur des biens situés hors de France*, *Revue de Droit International Privé*, 1909, p. 521 s.
- VALÉRY. — *De l'autorité dont jouit en France une décision judiciaire étrangère interdisant à une femme mariée*

de participer à un spectacle public sans le consentement de son mari, Clunet 1931, p. 58 s.

WAHL. — *Note au Sirey* 1899, 4, 33.

id. *Note au Sirey* 1902, 4, 1.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
CHAPITRE PRELIMINAIRE. — LES CONFLITS DE COUTUME DANS L'ANCIEN DROIT.....	19
SECTION I. — <i>La nature des statuts</i>	21
SECTION II. — <i>La loi applicable</i>	26
PREMIÈRE PARTIE	
DÉTERMINATION DE LA LOI GÉNÉRALEMENT APPLICABLE A L'INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE	35
CHAPITRE PREMIER. — L'APPLICATION DU PRIN- CIPLE	39
CHAPITRE II. — LE CONFLIT DES LOIS PERSON- NELLES : LA FEMME NE PREND PAS LA NATIONALITÉ DE SON MARI.....	47
SECTION I. — <i>Avant la loi de 1927</i>	47
SECTION II. — <i>La loi du 10 Août 1927 et ses con- séquences : le projet de la Société d'Etudes Législatives</i>	52
§ 1. — <i>La loi du 10 Août 1927</i>	52
§ 2. — <i>Le projet de la Société d'Etudes législatives</i>	57
CHAPITRE III. — LA PERMANENCE DU STATUT MATRIMONIAL : LES CONFLITS MOBILES..	65
SECTION I. — <i>La naturalisation et l'unité origi- naire de nationalités des époux</i>	67
§ 1. — <i>Les deux époux se font naturali- ser dans le même pays</i>	68
I. — <i>Naturalisation simultanée</i>	68
II. — <i>Naturalisation successive</i>	72
§ 2. — <i>Naturalisation du mari</i>	74

§ 3. — <i>Naturalisation de la femme....</i>	78
§ 4. — <i>Réintégration de la femme dans sa nationalité d'origine.....</i>	80
§ 5. — <i>Naturalisation de chacun des époux, simultanément ou successivement, dans deux ou plusieurs pays différents</i>	84
SECTION II. — <i>La naturalisation et la dualité originaire de nationalités des époux....</i>	85
§ 1. — <i>La naturalisation donne aux époux un statut commun.....</i>	87
§ 2. — <i>La naturalisation maintient la dualité de nationalités des époux...</i>	88
SECTION III. — <i>Le projet de la Société d'Etudes Législatives s'applique-t-il aux conflits mobiles</i>	89
SECTION IV. — <i>Les conflits d'annexion</i>	94
§ 1. — <i>L'annexion entraîne un changement de nationalité pour les deux époux</i>	95
§ 2. — <i>L'annexion maintient ou crée une dualité de nationalités entre les époux</i>	97
CHAPITRE IV. — <i>LES CONFLITS NÉS DES CONTRARIÉTÉS DE NATIONALITÉS</i>	99
SECTION I. — <i>La nationalité double ou multiple</i>	100
§ 1. — <i>La nationalité française intervient</i>	100
§ 2. — <i>La nationalité française est désintéressée</i>	101
SECTION II. — <i>L'apatridie.....</i>	106
CHAPITRE V. — <i>LA QUESTION DU RENVOI.....</i>	111
SECTION I. — <i>La jurisprudence.....</i>	111
§ 1. — <i>Les décisions en faveur du renvoi</i>	112

§ 2. — <i>Les décisions qui ont refusé le renvoi</i>	144
SECTION II. — <i>Le renvoi et la compétence subsidiaire de la loi du domicile</i>	147
DEUXIÈME PARTIE	
DOMAINE ET LIMITES D'APPLICATION DE LA LOI PERSONNELLE	125
CHAPITRE PREMIER. — <i>LE DOMAINE DE LA LOI PERSONNELLE</i>	129
SECTION I. — <i>L'incapacité générale</i>	130
§ préliminaire. — <i>L'application de la loi étrangère</i>	131
I. <i>A quel moment s'apprécie la capacité ?</i>	131
II. <i>La présomption d'incapacité</i>	132
§ 1. — <i>L'autorisation maritale</i>	136
§ 2. — <i>L'autorisation de justice</i>	140
§ 3. — <i>La sanction de l'incapacité</i>	145
SECTION II. — <i>Les exceptions au principe de l'incapacité</i>	146
§ 1. — <i>La femme mariée commerçante</i>	146
§ 2. — <i>Le système des biens réservés de la femme</i>	150
§ 3. — <i>La capacité de la femme séparée de corps</i>	153
I. <i>La capacité de la femme</i>	153
II. <i>La séparation de biens accessoire</i>	155
SECTION III. — <i>Le droit de disposition de la femme quant à son hypothèque légale</i> ..	160
§ 1. — <i>Généralités</i>	160
§ 2. — <i>Les contrats relatifs à l'hypothèque légale</i>	163
§ 3. — <i>Les restrictions et réductions à l'hypothèque légale</i>	169

SECTION IV. — <i>Les incapacités spéciales</i>	173
§ 1. — <i>Les qualifications de la jurisprudence</i>	174
§ 2. — <i>L'autorisation</i>	177
CHAPITRE II. — <i>INFLUENCE DE LA LOI QUI GOUVERNE LE RÉGIME MATRIMONIAL SUR LA CAPACITÉ DE LA FEMME</i>	181
SECTION I. — <i>Les régimes de communauté</i>	184
§ 1. — <i>Les pouvoirs du mari</i>	184
§ 2. — <i>Les effets des obligations contractées par la femme</i>	188
SECTION II. — <i>La séparation de biens</i>	192
§ 1. — <i>La séparation de biens ordinaire</i>	194
§ 2. — <i>La séparation de biens volontaire</i>	198
§ 3. — <i>La séparation de biens judiciaire</i>	200
SECTION III. — <i>Le régime dotal</i>	205
§ 1. — <i>L'inaliénabilité dotale et ses dérivés : clauses d'emploi et de remploi</i>	206
I. <i>Concession de l'inaliénabilité</i> ..	206
II. <i>Effets de l'inaliénabilité</i>	208
§ 2. — <i>Les pouvoirs des époux</i>	211
SECTION IV. — <i>Le régime du trust</i>	213
§ 1. — <i>La loi française intervient comme loi nationale</i>	215
§ 2. — <i>La loi française intervient comme lex rei sitae</i>	217
§ 3. — <i>Influence du trust sur la capacité de la femme</i>	222
CHAPITRE III. — <i>LES LOIS DE POLICE ET DE SÛRETÉ ET LA NOTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL</i>	229
SECTION I. — <i>La responsabilité délictuelle</i>	235
SECTION II. — <i>La théorie de l'intérêt national et l'enrichissement injuste</i>	243

SECTION III. — <i>Le mandat domestique</i>	251
§ 1. — <i>L'application de la loi étrangère</i>	252
§ 2. — <i>L'application de la théorie française</i>	255
SECTION IV. — <i>Le devoir d'obéissance</i>	264
CONCLUSION	271
BIBLIOGRAPHIE	283

